"Advogado de bandido": uma genealogia das representações artísticas e literárias acerca dos defensores criminalistas

"Bandit's lawyer": a genealogy of artistic and literary representations about criminalist advocates

Diogo José Palmeira Acioli

Mestrando em Sociologia pela UFAL (título a obter em 2020). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIT (título obtido em 2016). Especialista em Direito Processual pelo CESMAC (título obtido em 2012). Licenciado em Ciências Sociais pela UFAL (título obtido em 2018). Bacharel em Direito pela UFAL (título obtido em 2008).
digo25_al@hotmail.com

Anabelle Santos Lages

Doutora e Mestre em Sociologia pela UFMG (2010 e 2014). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Professora do Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal de Alagoas.
anabellelages@yahoo.com.br

Recebido em: 09.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do (a) autor (a): 16.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: Não causa espanto afirmar que as representações sociais dos advogados criminalistas não é a das mais favoráveis. São bastante conhecidas adjetivações como "advogado de porta de cadeia", "advogado de bandido" ou "advogado do diabo", retratando-os como pessoas desonestas, que se utilizam de expedientes fraudulentos para garantir a impunidade de seus clientes. Tais predicativos culminam na formação de discursos que criminalizam a atividade da advocacia criminal. Considerando que as manifestações artísticas ao mesmo tempo que refletem, impulsionam comportamentos sociais, o presente artigo objetiva

Abstract: It is not surprising to say that the social representations of criminal lawyers are not the most favorable. Adjectives such as "chain-door lawyer", "bandit lawyer" or "devil's advocate" are well-known, portraying them as dishonest people who use fraudulent files to ensure impunity for their clients. Such predicates culminate in the formation of discourses that criminalize the activity of criminal advocacy. Considering that the artistic manifestations at the same time that reflect, impel social behaviors, the present article aims to make a literary and cinematographic genealogical exercise to identify the discourses

Acioli, Diogo José Palmeira; Lages, Anabelle Santos.
"Advogado de bandido": uma genealogia das representações artísticas e literárias acerca dos defensores criminalistas.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 159. ano 27. p. 23-43. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

fazer um exercício genealógico literário e cinematográfico para identificar os discursos que colocam em um mesmo patamar de rejeição o advogado criminalista e seu cliente, não raro, sumariamente prejulgado como criminoso.

Palavras-chave: Advogados criminalistas – Representações sociais – Direito de defesa – Preconceito.

that put in the same level of rejection the criminal lawyer and his client, - just as a criminal.

Keywords: Criminal lawyers – Social representations – Right of defense – Prejudice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Representação social e Direito. 3. A vida imita a arte ou o contrário? Os advogados criminalistas vistos pelo mundo das artes. 4. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

Embora a atual Constituição Federal brasileira e o Código de Processo Penal imponham um conjunto de regras e princípios contemplando a imprescindibilidade do direito de defesa e, ato contínuo, da assistência jurídica aos indivíduos acusados do cometimento de crimes, não é difícil discordar, mesmo intuitivamente, que as representações sociais destes profissionais, especialmente dos criminalistas, não são as das mais favoráveis. Aliás, são bastante conhecidas adjetivações como "advogado de porta de cadeia", "advogado de bandido" ou "advogado do diabo", retratando-os como pessoas desonestas, que se utilizam de expedientes fraudulentos para garantir a impunidade de seus clientes. Tais predicativos culminam na formação de discursos que criminalizam a atividade da advocacia criminal, o que, por sua vez, ameaça garantias da própria condição humana, para utilizar uma expressão de Hannah Arendt (1999).

Ainda que não seja possível precisar o início das manifestações discursivas nesse sentido, ou mesmo recriar cronologicamente seus encaminhamentos, partindo de um pressuposto genealógico foucaultiano (FOUCAULT, 2015), consideramos que elas nem sempre existiram, ao contrário, constituem um momento específico da sociedade ocidental, marcado por transformar aquele que cometia determinadas faltas em inimigo social, ao mesmo tempo em que tecia novas redes de medo, ódio e insegurança (WACQUANT, 2001).

A história social e política inglesa e francesa da passagem do século XVIII para o século XIX empreendida por Foucault (2015) mostra a existência de uma guerra universal e constante dirigida a determinados sujeitos, que passaram a ser vistos como criminosos, loucos ou perversos. Desnaturalizadas essas marcas,

torna-se possível avançar e refletir sobre aqueles que acompanham esses "novos" inimigos sociais. A intenção deste artigo é, portanto, tratar da ascensão de um outro discurso que, se não foi objeto de interesse de Foucault, poderia ser considerado seu contínuo, qual seja, a transferência das representações sociais negativas gravadas na figura do acusado, para a pessoa de seu defensor, o advogado.

Inspirados no trabalho da historiadora norte-americana Lynn Hunt (2009), que recorreu à análise de romances epistolares para mostrar que os novos sentimentos de empatia entre os sujeitos, contribuíram para a formação de um conjunto de convicções sobre direitos humanos, que não poderiam ser construídos tão somente com a promulgação de tratados, convenções ou a elaboração de doutrinas, – mostrando como as mudanças nas práticas sociais, incluindo aí visitas a exposições e leituras de determinadas narrativas sobre o amor foram fundamentais para a emergência de uma nova maneira de se pensar e enxergar o outro –, nos propomos a fazer um exercício genealógico literário e cinematográfico para identificar os discursos que colocam em um mesmo patamar de rejeição o advogado criminalista e seu cliente, não raro, sumariamente prejulgado como criminoso.

Como qualquer trabalho dessa natureza, ponderamos que não existe um compromisso cronológico linear evolutivo, mas, dentro da abrangente esfera denominada Crime e Sociedade e, a partir de uma perspectiva transdisciplinar, valendo-se, em específico, da sociologia jurídica e da vertente de estudo denominada direito e literatura, é possível mapear as representações sociais urdidas pelo mundo das artes em relação à figura negativa do advogado criminalista.

2. Representação social e Direito

A realidade social tem nos mostrado que o repúdio aos advogados criminalistas tem sido constante na história ocidental. Ainda no século XVIII encontramos nos relatos de nobres franceses do período revolucionário, o chamado período do terror, a notícia de que o advogado Chaveau-Lagarde, representante da defesa de Maria Antonieta, quase foi condenado à morte também, tendo a acusação registrado que "já é tempo de que o defensor da Capeto[1] ponha sua cabeça no mesmo cadafalso". Tornou-se famosa, nesse período, a frase do advogado Nicolas Berryer: "Trago à convenção a verdade e minha cabeça; poderá ela dispor de uma, após escutar a outra". Maria Antonieta foi executada em 1793 e

1. Após a morte de seu marido, o Rei Luís XVI, Maria Antonieta passou a ser tratada pejorativamente pelo povo da França como "a viúva Capeto".

Chaveau-Lagarde foi salvo pelos acontecimentos de Termidor, que marcaram a queda de Robespierre e seus seguidores e o fim do período do terror (BATISTA, 1990, p. 186).

Na primeira metade do século XX, Calamandrei (2013) apontou a desconfiança da sociedade em relação aos advogados italianos:

> "Para quem se deixa levar pelo aspecto exterior das coisas, a livre profissão dos que vestem toga poderia parecer muito perto do declínio. Os lugares-comuns habituais sobre os defeitos dos advogados, que no decorrer dos séculos têm fornecido abundante matéria aos inocentes compiladores de facécias, cederam lugar nos últimos anos, e não apenas na Itália, a uma deliberada hostilidade contra a advocacia" (CALAMANDREI, 2013, p. 12).

Dando um salto para os dias de hoje, mesmo institucionalmente, é possível encontrar discursos que apresentam certos advogados de maneira negativa. Pode-se destacar, como exemplo, a fala do Desembargador do Tribunal Regional Federal, Paulo do Espírito Santo, "Eu perdoo o advogado que vem aqui defender clientes. Essa é a função do advogado e a gente tem que perdoar", proferida durante o julgamento de um dos processados na operação Lava Jato[2]. A fala do Desembargador, além de caracterizar, numa sessão pública de julgamento, a advocacia criminal como um pecado – suscetível de perdão, mas, ainda assim, um pecado – inferioriza a profissão.

As lembranças acima apenas confirmam que se o direito não é um mundo à parte do mundo social (BOURDIEU, 1989), tampouco, seus operadores o são. Apesar de ter suas próprias regras, seus sujeitos e seus ritos, a sociedade formula representações sobre aquilo que a cerca. As representações sociais, portanto, não são um dado; são construções sociais, que remetem a uma ideia de sociedade e seus componentes. As representações sociais fazem surgir divisões (HERTZ, 1980). A analogia criada por Hertz entre a mão direita e a mão esquerda é interessante para ajudar a entender as possibilidades de representações criadas pela

2. Nome dado a um conjunto de investigações da Polícia Federal, iniciadas em 2014, no Paraná, que apuravam o envolvimento de doleiros na prática de crimes financeiros com recursos públicos. O nome Lava Jato faz referência a uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de veículos, em Brasília, usada para movimentação de dinheiro ilícito de uma das organizações investigadas inicialmente. Desde então, a operação descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente empreiteiras (Folha de São Paulo, 2017).

sociedade. Esta divisão, que considera a primeira sagrada e a segunda profana, não é absolutamente orgânica, já que os dois membros são iguais. Há uma preponderância social pelo uso da mão direita, em detrimento da mão esquerda, que sofre coerções para que seu uso seja mitigado. Ao canhoto, em sua maioria das vezes, dá-se a opção de ser ambidestro. Decorre da própria sociedade, da consciência coletiva, a oposição entre sagrado e profano. Dessa forma, a sociedade opera segundo representações que simbolizam, dentro dela, o que é considerado bom e o que é considerado ruim.

Uma das formas de representações sociais são as manifestações artísticas. Não é por acaso que se popularizou o dito "a vida imita a arte e a arte imita a vida". A sociedade é um grande laboratório para as artes e o direito, como uma criação social, também entra nessa perspectiva, pois, além de se apresentar como um procedimento ritualizado, tal qual o são as artes, lida com a resolução de dramas humanos. Conquanto sejam obras de ficção, as formas artísticas encontram na sociedade de sua época a fonte de inspiração para seus enredos e personagens, o que permite entrever o trânsito entre o real e o ideal. As personagens não são criadas de qualquer forma, são baseadas nas representações que a sociedade faz daquele tipo de sujeito, na impressão mais forte que fica gravada no imaginário social. Por mais que sejam criadas por um autor individual, e dada a licença artística de fugir dos padrões do real, elas têm algo de social, pois passam pelas experiências coletivas de seus autores.

A arte é a forma lúdica que o homem encontrou de falar sobre o cotidiano, de modo a fazer a sociedade refletir sobre si. Talvez por isso a arte tenha sido considerada perigosa e subversiva em algumas épocas, principalmente sob o comando de regimes ditatoriais. Ainda assim, muitas obras eram produzidas de forma sutil, para escapar à censura.

Radbruch (2010), ao tratar sobre a estética do direito, mostra como direito e arte podem se servir um do outro:

> "O direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, do traje, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como todo fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte" (RADBRUCH, 2010, p. 156).

Dessa forma, porquanto o direito tenha se formado como um círculo fechado, mostra-se possível que a arte se utilize dele, como forma de retratar, denunciar, questionar sua estrutura, seus ritos e seus sujeitos, entre eles, os advogados. O

autor prossegue, argumentando que, nos tempos primitivos, em que não havia uma separação entre os limites culturais, não havia distinção entre o direito e outras esferas, como os costumes, a religião e, também, a arte, como provam as figurações mitológicas do direito, representadas pelas deusas Thêmis e Diké. A partir do momento em que esses domínios culturais foram se delimitando, direito e arte foram se distanciando, chegando até a se opor.

Radbruch (2010) atribui a essa separação a estética específica do direito, caracterizada pelo rigor e frieza de sua linguagem:

> "Talvez justamente dessa separação entre o direito e a arte se possa derivar o valor estético específico do direito, que não se deve apenas a uma mistura com o domínio da arte, que lhe é estranho. Isso se constata de modo mais claro na linguagem jurídica, que somente pode se formar pela rigorosa separação entre o direito e os outros domínios culturais, e com isso conquistou sua particularidade estética, certamente uma particularidade que provem de muitas renúncias. A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento" (RADBRUCH, 2010, p. 157-158).

Mesmo assim, em diversas sociedades e em diversas épocas, o cinema, a televisão e a literatura trataram e ainda tratam do universo jurídico. Nesta perspectiva, surgiu, nos Estados Unidos, o movimento direito e literatura, com o propósito de discutir essa junção. Ramiro (2012) situa o nascimento do movimento nos EUA, com a publicação, em 1908, de *A list of legal novels*, de John Henry Wimore. Na Europa, destaca-se o trabalho de Hans Fehr, com a publicação, em 1923 e 1931 de *Das Recht im Bilde* (1923) e *Das Recht in der Dichtung* e, na Itália, no ano de 1936, a publicação de *La letteratura e la vita del diritto*, de Antonio d'Amato.

3. A vida imita a arte ou o contrário? Os advogados criminalistas vistos pelo mundo das artes

A *Commedia dell'arte*, também chamada *commedia al improviso*, pelo fato de não haver roteiro foi um movimento artístico-cultural iniciado na Itália, no final da Idade Média, e que perdurou por três séculos, espalhando-se pela Europa, porém, as tramas eram construídas a partir de personagens-tipo. Um desses personagens-tipo da *Commedia dell'arte* era o *Dottore* (Doutor), descrito como "em geral jurista, mas raramente médico, era o personagem que, extremamente verborrágico, utilizava as palavras numa sequência que hoje chamaríamos de 'besteirol' sem o menor sentido, de forma empolada e empoleirada, repleta de erudição

e pedantismo. Usa a toga preta do escritório de advocacia de Bolonha. O doutor sustenta sua comicidade também no dialeto bolonhês" (SCALA, 2003, p. 23-24). Uma das características atribuídas aos advogados na *Commedia dell'arte* é o uso de palavras rebuscadas e do latim, sendo essa característica exagerada para os fins da comédia, de modo a fazer uma sátira à verborragia a eles atribuída.

Também como um exemplo do teatro, temos uma peça francesa do final da Idade Média, conhecida como A Farsa do Advogado Pathelin. De autoria desconhecida, é considerada a primeira comédia da literatura francesa. O advogado Pathelin, que dá nome à peça, é mostrado como mentiroso. Mas não só ele. Como pode-se perceber, no diálogo inicial entre Pathelin e sua mulher, Guilhermina, ocorre uma generalização dos defeitos atribuídos a Pathelin a todos os advogados.

> "PATHELIN : Por Deus, Guilhermina. Por mais que dê tratos a bola, não consigo descobrir um meio de ganhar um vintém. Houve tempo, no entanto, em que não me faltavam clientes nem belos escudos.
>
> GUILHERMINA: Pois é, esse tempo já vai longe. Para mim, a advocacia é a pior profissão do mundo. Um dia bem, um dia mal, ora enganando, ora enganado. Nunca vi coisa assim.
>
> PATHELIN: Eu posso jurar que não há nesta cidade melhor advogado do que eu. Ninguém conhece como eu as correntes, as molas, as engrenagens dos processos. Não há quem seja mais esperto do que o doutor Pathelin para torcer as leis. Sou um verdadeiro mestre.
>
> GUILHERMINA: ... De trapaça! Neste domínio você não cede a ninguém o primeiro lugar.
>
> PATHELIN: Não confunda os nomes nem as coisas. Sou simplesmente hábil.
>
> GUILHERMINA: Bela habilidade... Enfim, tudo neste mundo pode ter dois nomes" (A farsa do advogado Pathelin, 2014, p. 1).

Por mais que Pathelin tente defender a si mesmo e sua profissão, atribuindo a si não o defeito de mentiroso, mas a qualidade de habilidoso, Guilhermina expõe sua opinião, de que a advocacia é a pior profissão do mundo e que Pathelin é *expert* em distorcer as leis.

O diálogo nos permite pensar nos seguintes questionamentos: será que essa opinião é única e exclusivamente de Guilhermina ou ela encontra eco no público? Quais os efeitos da exibição de uma peça como essa ao público ao longo dos anos e em diversos lugares? Será que esse tipo de retratação alimenta uma visão geral e uma identificação do público com a ideia de que a advocacia seria a pior profissão do mundo?

A ideia dos advogados como profissionais trapaceiros, mentirosos, ardilosos se tornou um lugar-comum nas artes e na sociedade. A visão que se tem de um advogado é menos ligada à habilidade profissional e mais à retórica fácil, ao sujeito que é contratado para explorar as brechas da lei. Como encerra a personagem Guilhermina no trecho exposto: tudo neste mundo pode ter dois nomes. O que Pathelin chama de habilidade, ela chama de trapaça. E não se trata de uma opinião isolada, e sim de uma representação social sobre os advogados, dos quais Pathelin é apenas o tipo ideal (WEBER, 2001) apresentado ao público.

A literatura, em diversas épocas, confirma a existência de uma representação social específica do advogado. É de Shakespeare uma das frases mais polêmicas em relação aos advogados. Em Henrique VI parte II, o personagem Dick the Butcher sugere ao líder rebelde Jack Cade que, para destruir a ordem e iniciar uma revolta, a primeira coisa a fazer é matar todos os advogados (*to kill all the lawyers*).

No âmbito da advocacia criminal, Shakespeare, em Hamlet, trata da vingança do protagonista contra o tio, que se tornou Rei, pelo assassinato de seu pai. Ao ter uma visão com o fantasma do mesmo, revelando quem o matou e os motivos, Hamlet se finge de louco para se vingar. Em sua loucura fingida, o personagem trava o famoso diálogo "ser ou não ser: eis a questão", segurando um crânio. Na cena I do ato V, Hamlet está em um cemitério com o amigo Horácio, e, observando os crânios nas covas, comenta sobre quem terão sido aquelas pessoas. Em um dos trechos, refere-se ao que possivelmente seria o crânio de um advogado:

> "HAMLET: Mais um! Talvez o crânio de um advogado! Onde foram parar os seus sofismas, suas cavilações, seus mandatos e chicanas? Por que permite agora que um patife estúpido lhe arrebente a caveira com essa pá imunda e não o denuncia por lesões corporais? Hum! No seu tempo esse sujeito talvez tenha sido um grande comprador de terras, com suas escrituras, fianças, termos, hipotecas, retomadas de posse. Será isso a retomada final de nossas posses? O termo de nossos termos, será termos a caveira nesses termos? Os fiadores dele continuarão avalizando só com a garantia desse par de identificações? As simples escrituras de suas terras dificilmente caberiam nessa cova; o herdeiro delas não mereceria um pouco mais?" (SHAKESPEARE, 2005, p. 99-100).

No fragmento em questão, Hamlet compara os advogados aos sofistas. Estes foram os primeiros filósofos do período socrático. Segundo Chauí (2000), apresentavam-se como mestres da oratória ou da retórica e ensinavam aos jovens a arte da persuasão, preparando-os para defender tanto uma opinião como o seu oposto. Sócrates criticava duramente os sofistas, os quais não considerava como filósofos, pois, segundo entendia, ao defender qualquer ideia que lhes fosse

vantajosa, os sofistas não tinham amor pela sabedoria nem respeito pela verdade. Os sofistas, segundo o pensamento socrático, corrompiam o espírito dos jovens, pois não faziam distinção entre a mentira e a verdade.

Dostoiévski também constrói uma imagem negativa dos advogados criminalistas, em Os Irmãos Karamazov, afirma que a representação que o povo russo faz da profissão é a de uma consciência alugada, ao sublinhar a atuação de um advogado em um caso de maus tratos de pais contra uma criança, em que este advogado se referiu à questão como um caso de família, de forma a minimizar a gravidade do fato.

> "Um senhor culto e sua mulher sentem prazer em açoitar com varas sua filhinha de sete anos. E o papai sente-se feliz porque as varas têm espinhos. 'Isto causará mais dor assim', diz ele. Há seres tais que se excitam a cada golpe, até o sadismo, progressivamente. Bate-se na criança um minuto, depois cinco, depois dez, sempre mais 255 fortemente. Ela grita, afinal, já sem forças, sufoca: 'Papai, meu papaizinho, tenha dó!' O caso torna-se escandaloso e recorre-se ao tribunal. Toma-se um advogado. Há muito tempo que o povo russo chama o advogado 'uma consciência que se aluga'. O defensor pleiteia em nome de seu cliente: 'O caso é simples; é uma cena de família, como se veem muitas. Um pai açoitou sua filha, é uma vergonha processá-lo!' O júri fica convencido, recolhe-se e traz um veredicto negativo. O público exulta por ver absolvido aquele carrasco" (DOSTOIÉVSKI, 1970, p. 254-255).

Ao fazer a menção a uma consciência alugada dos advogados, Dostoiévski segue na mesma linha do sofismo levantado por Shakespeare em Hamlet. Significa dizer que a defesa, a eloquência, as habilidades de um advogado, ainda que se trate da defesa de uma causa impopular, estão condicionadas aos honorários.

Em O Processo, de Franz Kafka, Joseph K., se vê enredado na teia da justiça, por uma acusação da qual sequer sabe do que se trata. Em um trecho da obra, o personagem comenta sobre o que chama de desprezo do próprio judiciário pelos advogados.

> "A lei não autoriza a defesa, tolera-a simplesmente; e a questão de saber se a alínea em causa deve ser interpretada pelo menos no sentido da tolerância, é ela própria controversa. Por isso não existem, estritamente falando, advogados da defesa que sejam reconhecidos pelo tribunal; os que intervêm perante este tribunal não passam todos, no fundo, de advogados ocultos. Claro que isto prejudica consideravelmente toda a dignidade da profissão, e na próxima vez que K. fosse às secretarias do tribunal, bastar-lhe-ia espreitar para a sala reservada aos advogados para formar a sua opinião. Ficaria sem dúvida horrorizado

> com o espectáculo da gente que ali se reúne. Basta a sala baixa e estreita que lhes é atribuída para indicar o desprezo do Tribunal perante os advogados" (KAFKA, 2005, p. 100-101).

A partir do trecho em análise, é possível verificar que o mencionado desprezo do Tribunal pelos advogados se reflete no espaço físico que é reservado a eles. Ainda assim, Kafka não ignora que existam advogados com e advogados sem prestígio perante o Tribunal, esclarecendo, adiante, que o que determina o valor da defesa são as relações pessoais do advogado, notadamente relações espúrias, como se percebe no trecho a seguir:

> "O mais importante, apesar de tudo, são as relações pessoais do advogado: é o que determina principalmente o valor da defesa. Ora, pela sua experiência pessoal, K. tinha agora compreendido que a organização do Tribunal, nos escalões inferiores, não é perfeita, inclui funcionários desleais e corruptos, o que provoca de certo modo falhas no sistema fechado do tribunal. E é por aí que se infiltra a maioria dos advogados, é aí que se suborna e que se escuta às portas" (KAFKA, 2005, p. 102).

Assim, para Kafka, o advogado não faz parte do sistema fechado do Tribunal, mas precisa cultivar relações pessoais com os integrantes desse sistema para ter êxito. Precisa, portanto, entrar nesse sistema, e o faz, segundo o autor, corrompendo os funcionários dos escalões inferiores. O que faz o advogado ter êxito, na literatura de Kafka, não é o conteúdo da defesa, mas a capacidade do advogado de corromper o sistema judiciário. E o autor atribui essa conduta não a uma minoria, mas à maioria dos advogados.

Uma obra clássica entre os estudantes de direito norte americanos é *to kill a mockingbird* (traduzida no Brasil como "O sol é para todos"), de Harper Lee. O protagonista é o advogado Atticus Finch. Até então respeitado numa pacata cidade do interior, onde mora com seus dois filhos, Atticus passa a ser repudiado, desrespeitado e ameaçado pelos moradores ao ser designado defensor de Tom Robinson, homem pobre e negro acusado de estuprar a jovem Mayella Ewell. Como se denota do diálogo que Atticus mantem com sua filha, Scout, a comunidade faz uma associação negativa entre o advogado e seu cliente, pelo fato de este ser negro, no contexto das tensões raciais no sul dos Estados Unidos:

> "— Todos os advogados defendem pre... negros, Atticus?
>
> — Claro que sim, Scout.
>
> — Então, por que é que o Cecil diz que 'ocê defende preto? É que ele deu a entender que faz alguma coisa fora do comum.

> O Atticus suspirou:
>
> — Neste momento estou defendendo um negro... chama-se Tom Robinson. Vive naquela pequena casa que fica além da lixeira da cidade. É membro da igreja da Calpurnia e a Cal conhece bem a família dele. Diz que são gente honesta. Scout, ainda não tem idade para compreender determinadas coisas, mas correm alguns rumores na cidade sobre este caso e dizem que eu não devia fazer muito para defender este homem. É um caso peculiar... só será julgado na audiência de Verão. O juiz John Taylor foi suficientemente simpático para nos conceder um adiamento…" (LEE, 1960, online).

O diálogo continua, com uma advertência de Atticus a Scout, sobre os reflexos que a atuação no caso possam causar não apenas a ele próprio, mas a sua filha:

> "Scout, devido à natureza do seu trabalho, ao longo da sua vida um advogado tem sempre um caso que o afeta a nível pessoal. Penso que este é o meu. Com certeza vai ouvir algumas coisas desagradáveis na escola, mas me faça um grande favor: mantenha a cabeça levantada e os punhos em baixo. Não ligue pro que te digam e, sobretudo, não deixe que eles te irritem. Tenta, para variar, lutar com a cabeça... Verá que é uma boa solução, embora custe a aprender" (LEE, 1960, online).

Os trechos em questão indicam que, ao aceitar a defesa de um homem negro acusado de um crime, o advogado Atticus Finch deixa de ter, aos olhos dos habitantes da cidade onde vive e trabalha, a imagem de cidadão respeitável, passando a ser marcado como "advogado de pretos". A defesa de um homem duplamente marcado, por ser negro e por ser acusado de um crime, atinge o advogado, não só profissionalmente, mas pessoalmente, tanto que ele se preocupa com os efeitos desses predicativos ao seu vínculo familiar.

O desdobramento do romance, as preocupações de Atticus, a recepção da sociedade local em relação à sua decisão de representar um homem negro e pobre, leva-nos a pensar sobre processos de estigmatização e, por conseguinte, o que poderíamos chamar de "estratificação do preconceito", que envolve não necessariamente indivíduos concretos, mas diferencia de maneira negativa sujeitos de determinados grupos (ELIAS & SCOTSON, 2000). Os estigmatizados são perspectivas que ocorrem em determinadas situações sociais específicas. A princípio, o advogado de Tom Robinson é um homem que goza de certa deferência social, quando resolve aceitar a causa, rompe com "regras" não escritas, com a opinião interna daquele agrupamento social e passa a ameaçar sua normalidade. A partir daí ele e sua família se veem impactados pelos desdobramentos do estigma.

Filme de 1960, *Inherit the Wind* (traduzido como o Vento será tua herança), conta a história do professor de ciências, Bertram Cates, da pequena cidade de Hillsboro, cuja legislação criminaliza o ensino da teoria evolucionista nas escolas. Ao infringir a regra, o professor é preso. Buscando visibilidade política, Matthew Harrison Brady, considerado autoridade em estudos bíblicos, se voluntaria como assistente da promotoria local, buscando a condenação de Cates. Para defendê-lo, o jornal Baltimore Herald contrata um famoso advogado chamado Henry Drummond. Criacionismo e evolucionismo se digladiam naquele que ficou conhecido como "o julgamento do macaco".

No filme, durante a entrada do advogado Drummond no Tribunal, um grupo de pessoas agita cartazes de protesto não só contra o acusado, mas também contra seu advogado. Em um dos cartazes, Cates é chamado de *devil's disciple* (discípulo do diabo), enquanto Drummond é chamado de *devil's advocate* (advogado do diabo). No decorrer do filme, enquanto Cates é julgado, a população sai às ruas, com cartazes e bonecos representando o acusado e seu advogado, entoando cânticos cuja letra sugere que o acusado e seu advogado serão, ao final do processo, enforcados em uma macieira.

Tanto em *O sol é para todos* como em *O vento será tua herança*, a trama gira em torno não apenas dos acusados de crimes, mas da opinião pública em relação aos advogados que aceitam a causa desses acusados. Em ambos, os advogados terminam por compartilhar a marca atribuída a seus clientes, recebendo os impactos dos seres considerados normais, os estabelecidos, ou seja, além de comportamentos discriminatórios e excludentes, passam a se verem referidos a partir de termos pejorativos (ELIAS & SCOTSON, 2000). Em *O sol é para todos*, Atticus torna-se o "advogado de pretos", em *O vento será tua herança*, crime e pecado se misturam, a ponto de o acusado ser comparado ao próprio diabo e seu advogado se tornar o "advogado do diabo". Neste filme, mais do que ser marcado pela defesa de uma causa impopular, o advogado é identificado como o próprio "mal".

Devil's Advocate (Advogado do diabo) é o nome de um filme de 1997. Kevin Lomax é um advogado criminalista que se gaba de nunca ter perdido um caso. Sua vida muda quando recebe um convite de um grande escritório de advocacia de Nova Iorque, o Milton-Chadwick-Waters. Lomax se muda com sua esposa, Mary Ann, e logo se torna o preferido do sócio principal do escritório, John Milton, que o designa para um caso complexo de triplo homicídio. Porém, ao longo da trama, Lomax descobre que seu chefe é ninguém menos que o próprio diabo.

A cena inicial do filme mostra Lomax defendendo um professor de matemática acusado de assédio sexual contra uma aluna. Ao interrogar a vítima, Lomax expõe toda a sua habilidade como advogado criminalista, explorando a

vulnerabilidade da vítima e questionando sua credibilidade. Lomax consegue a absolvição do cliente e, adiante, no filme, toma conhecimento de que o mesmo cliente que ajudou a absolver fora encontrado com o corpo de uma criança no porta malas de seu carro.

Além de seu título chamativo, assim como acontece em *O vento será tua herança*, o enredo de *Advogado do Diabo* associa a figura do advogado criminalista ao mal, personificado na figura de um advogado poderoso, John Milton, sócio de uma grande firma de advocacia, que possui conexões em todo o mundo. Lomax, o protagonista, é descrito como um advogado vaidoso, cujo único interesse é vencer, independente dos valores em jogo. Nos momentos finais do filme, é revelado que Lomax é não só o "advogado do diabo", mas o próprio filho dele. Após se confrontar com Milton e derrotá-lo, Lomax volta ao momento inicial do filme, em que está defendendo o professor de matemática, desistindo de continuar no processo, como forma de se redimir.

As representações sociais se dão, muitas vezes, em forma de polarização, o que faz com que a imagem do advogado seja comparada com a de integrantes de outras carreiras jurídicas, como juízes e promotores. Garapon (1999) faz uma análise da contraposição que o cinema francês faz entre juízes e advogados:

> "O advogado é mostrado como um homem fútil, sem palavra; sem honra, um homem mulherengo; que usa sem pudor todas as malhas do processo para fazer triunfar interesses particulares. Os argumentos levantados por ele são facilmente considerados como artifícios que impedem a manifestação da verdade. [...] O advogado é representado no cinema francês como um ser venal, interesseiro e sem escrúpulos, dominado por seu cliente. Ele somente é simpático quando decaído ou alcoólatra, como no filme Les Inconnus dans la maison. Enredador profissional, ele passa, sem hesitação, de um lado ao outro da barra do tribunal, amparando sem preconceito o ladrão ou a viúva e o órfão. [...] A imagem do juiz se constrói em contraposição à do advogado: ele é, na maioria das vezes, representado como um homem austero, viúvo ou solteiro. O personagem atinge sua dimensão plena quando sacrifica sua vida a serviço da verdade. O filme Les Bonnes Causes introduz um elemento recorrente do cinema francês contemporâneo: a oposição maniqueísta entre o advogado decididamente interessado (Pierre Brasseur) e o juiz de instrução decididamente desinteressado, exercendo a justiça (Bourvil)" (GARAPON, 1999, p. 70).

Observa-se, a partir da análise do autor, que o cinema francês adota uma forma similar ao modelo norte-americano de referência aos advogados, representado nos filmes já mencionados, que é o de profissionais interesseiros, ardilosos e sem escrúpulos. E essa visão dos advogados, no cinema francês, se torna mais

clara, quando contraposta ao modo como os juízes são vistos: enquanto o juiz representa a justiça, o advogado representa o desvirtuamento da mesma.

O autor ainda cita mais alguns filmes do cinema francês que apresentam essa imagem depreciativa do advogado, a saber: *L'homme qui trahit la mafia*, em que o advogado é ligado à máfia; *Un aller simples*, de 1970, que mostra um advogado receptador; e os filmes *Les assassins de l'ordre*, de 1971; *Le juge Fayard*, de 1976; e *Cap. Canaille*, de 1982, que mostram advogados ludibriando o judiciário, estando esses profissionais associados a traficantes e políticos duvidosos.

A literatura brasileira também possui diversos exemplos de representações negativas sobre os advogados. Aliás, é bastante profícua a relação entre direito e literatura no Brasil, uma vez que boa parte dos grandes escritores da literatura brasileira possuía bacharelado em direito. Jorge Amado retrata a exploração social em suas principais obras. Nesta temática, os advogados estão inseridos como profissionais que auxiliam a manter a opressão e exploração sobre os trabalhadores. Como exemplo, temos o livro Terras do Sem-Fim, que trata do período conhecido como ciclo do cacau.

No enredo, os trabalhadores são vítimas de uma prática que chamam de caxixe, em que grandes fazendeiros, com a ajuda de advogados, forjavam documentos, conferindo-lhes aparência legítima, de forma a se apossar das terras em que os trabalhadores se fixavam e plantavam cacau, prática que, hoje, é conhecida como grilagem.

> "— Já ouviram falar em caxixe? — Diz-que é um negócio de doutor que toma a terra dos outros… — Vem um advogado com um coronel, faz caxixe, a gente nem sabe onde vai parar os pés de cacau que a gente plantou" (AMADO, 2008, p. 23).

Vê-se, da parte citada, que mesmo não sabendo definir exatamente o que é o caxixe, os trabalhadores sabem que é um "negócio de doutor", em que um advogado se alia a um fazendeiro para se apropriar das terras de cacau. Em outra parte, agora mais especificamente em relação ao advogado criminal, o autor conta o que acontecia com os trabalhadores que se insurgiam contra o caxixe levado a efeito contra eles:

> "Outras histórias se contavam e essas estavam mais próximas da realidade. O dr. Rui, quando bebia demasiado, gostava de lembrar a defesa que certa vez fizera do coronel num processo de há muitos anos passados. Acusavam Horácio de três mortes e de três mortes bárbaras. Dizia o processo que não contente de ter matado um dos homens, cortara-lhe as orelhas, a língua, o nariz, e os

> ovos. O promotor estava comprado, estava ali para impronunciar o coronel. Ainda assim o dr. Rui pudera brilhar, escrever uma defesa linda onde falara em "clamorosa injustiça", em "calúnias forjadas por inimigos anônimos sem honra e sem dignidade". Um triunfo, uma daquelas defesas que o consagraram como um grande advogado. Fizera o elogio do coronel, um dos fazendeiros mais prósperos da zona, homem que fizera levantar não só a capela de Ferradas, como ainda agora começava a levantar a igreja de Tabocas, respeitador das leis, por duas vezes já vereador em Ilhéus, grão-mestre de maçonaria. Um homem destes poderia por acaso praticar tão hediondo crime?" (AMADO, 2008, p. 42).

Aqui, tem-se a referência própria aos advogados criminalistas ao lado dos poderosos, com vistas a permitir a impunidade de um crime. Um dos coronéis, Dr. Horácio, tem como seu advogado de confiança o Dr. Rui, que não só atua facilitando os caxixes, como na defesa criminal, caso haja alguma insurgência de um dos trabalhadores que termine de forma trágica. Veja-se que, mesmo com a informação de que o promotor do caso estava comprado, a função do advogado era fazer uma defesa eloquente do coronel, já que a sessão do júri é pública. No entanto, o Dr. Rui não é o único advogado da história. A prática fraudulenta levava vários advogados à cidade, a serviço dos coronéis:

> "Só os advogados eram muitos, seis ou sete naquele povoado, ganhando dinheiro todos com os caxixes escandalosos. Mais que em Ilhéus, era em Tabocas que o caxixe medrava. Homens que há anos possuíam terras e plantações as perdiam de um dia para outro devido a um caxixe bem-feito. Não havia coronel que se animasse a fazer negócio sem antes consultar um bom advogado, se resguardar completamente da possibilidade do caxixe futuro" (AMADO, 2008, p. 126).

A vinculação entre coronéis e advogados no Brasil é estudada por Leal (2012), que mostra que a difusão do ensino superior no Brasil formou médicos e advogados, os quais, apesar de estarem habilitados a funções de chefia, em certas cidades não passavam de meros auxiliares dos interesses de determinado grupo social.

A literatura machadiana também não perde de vista o direito, sendo Dom Casmurro uma das obras mais discutidas, pelos dilemas envolvendo o possível adultério de *Capitu*. Descortinando o que entende como a sociedade de sua época, Machado de Assis utiliza-se da ironia ao retratar a figura do advogado em *O Alienista*. O livro conta a história de Simão Bacamarte, psiquiatra que atribui doenças mentais a vários personagens, internando-os à força. O trecho a seguir trata da pretensão de Bacamarte em mandar internar o advogado da cidade:

> "Mais de uma vez esteve prestes a recolher pessoas perfeitamente desequilibradas; foi o que se deu com um advogado, em quem reconheceu um tal conjunto de qualidades morais e mentais que era perigoso deixá-lo na rua. Mandou prendê-lo; mas o agente, desconfiado, pediu-lhe para fazer uma experiência; foi ter com um compadre, demandado por um testamento falso, e deu-lhe de conselho que tomasse por advogado o Salustiano; era o nome da pessoa em questão. —Então parece-lhe...? —Sem dúvida: vá, confesse tudo, a verdade inteira, seja qual for, e confie-lhe a causa. O homem foi ter com o advogado, confessou ter falsificado o testamento e acabou pedindo que lhe tomasse a causa. Não se negou o advogado; estudou os papéis, arrazoou longamente, e provou a todas as luzes que o testamento era mais que verdadeiro. A inocência do réu foi solenemente proclamada pelo juiz e a herança passou-lhe às mãos. O distinto jurisconsulto deveu a esta experiência a liberdade" (ASSIS, 1998, p. 43-44).

Percebe-se que enquanto reconheceu virtudes morais ao advogado Salustiano, Simão Bacamarte o julgava desequilibrado. Porém, ao submetê-lo a uma prova de honestidade, em que o advogado acabou defendendo como verdadeiro um documento que sabia falso, o advogado foi considerado, pela autoridade médica, como são, escapando da internação forçada. Além do teatro e literatura, as produções cinematográficas estão repletas de representações negativas dos advogados.

Além do teatro, literatura e cinema, não se pode perder de vista o impacto da televisão na formação de imagens negativas dos advogados. Primeiro porque (BOURDIEU, 1997) a televisão tem o poder de produzir o "efeito de real", ou seja, fazer crer naquilo que faz ver. Além disso, em comparação a outros veículos de informação e entretenimento, a televisão ainda possui maior alcance entre o público. É o que se conclui dos resultados da Pesquisa Brasileira de Mídia (PBM) de 2016, cujo objetivo geral foi conhecer os hábitos de consumo de mídia da população brasileira e, como objetivos específicos, pretendeu conhecer como se informam os diversos segmentos socioeconômicos, conhecer o nível de confiança da população em diversas fontes de notícia e avaliar o peso das novas mídias.

Dos 15.050 entrevistados em todas as unidades federativas do país, entre TV, internet, rádio, jornal, revistas, meios externos e outros, em pesquisa estimulada com até duas menções, a televisão é apontada, em primeira menção, por 63% dos entrevistados e, somando primeira e segunda menções, por 89% deles. Além disso, 77% dos entrevistados informam assistir televisão todos os dias. Mesmo a internet ainda não tem esse alcance, sendo apontada por 26% dos entrevistados em primeira menção e, somando primeira e segunda menções, por 49% deles.

Para verificar como a televisão retrata os advogados, foram escolhidos fatos noticiados em *sites*, referentes à repercussão de certos personagens de novelas. Segundo Silva (2009), as telenovelas brasileiras são o produto ficcional de maior

alcance e penetração social que, pela constância na vida do público, tornou-se, para o imaginário social, um elemento capaz de influenciar comportamentos. O autor salienta que, desde a década de 60, as novelas têm passado por um processo de factualização, ou seja, saído do modelo de folhetim melodramático, para assimilar, cada vez mais, problemáticas presentes na vida social. O autor ainda percebe, nas telenovelas, a existência de um trânsito entre o factual e o ficcional, em que o autor da novela colhe informações presentes no cotidiano social, amplifica sua importância e retorna essas informações para a sociedade, com o impacto conferido pela ficção.

Nessa perspectiva, as telenovelas criam personagens-tipo, modelos extraídos do real, com o impacto do ficcional, que vão se sedimentando. O público espera que um médico, um padre ou uma empregada doméstica de uma telenovela seja de determinado tipo físico, psicológico e social. O mesmo ocorre com o advogado, que, não raras vezes, é mostrado como um personagem aliado ao vilão da trama, com o objetivo de fazer com que este escape impune de seus ilícitos.

Essa relação entre advogado e vilão nas novelas pode ser exemplificada com a atuação de Paulo Betti na recente novela *O Outro Lado do Paraíso*, interpretando, na reta final da história, o Dr. Maurício, advogado da vilã Sophia. Na novela, Sophia é levada a julgamento, acusada de assassinar diversas pessoas a tesouradas. No julgamento, o advogado questiona a credibilidade de testemunhas e as confunde, através das perguntas, tentando persuadir o júri, através da oratória, de que a verdadeira assassina seria a protagonista Clara. Segundo matéria publicada no *site* TVFOCO, o público, através das redes sociais, demonstrou grande irritação com a personagem. A reportagem reproduziu, ainda, alguns desses comentários, como: "aquele personagem que só aparece no final e todo mundo já odeia", do internauta @maias_gabe; "Esse advogado consegue ser pior que a própria Sophia", de @JuamGomiezzy; "Esse advogado distorce tudo mano aaaaaaaa disgraçaaaaaa, de @purposewolf; "eu vou dar tesouradas nesse advogado filho ******", de @chickendalauren (CARVALHO, 2018).

Na novela *Sol Nascente*, o personagem Gaetano diz que "advogado e contador é tudo trambiqueiro". Outro caso envolveu a advogada Silvia da novela *Amor à Vida*, que adotava a conduta de induzir testemunhas a mentir. Nos dois casos, tamanha a repercussão, entidades representativas dos advogados manifestaram repúdio em relação à forma como a profissão foi retratada, encaminhando ofícios à rede Globo de televisão e aos respectivos autores das tramas.

Com isto, não se ignora que as artes também trazem exemplos de advogados honrosos, mas o que se pretende aqui ressaltar é a existência de uma imagem negativa, a qual foi construída em diversos locais e épocas, e que perdura até os nossos dias.

4. Considerações Finais

A advocacia se mostra uma profissão altamente segmentada e desigual, não só por seus diversos ramos de atuação, mas pelo perfil diversificado de seus profissionais. Assim, para além da ideia geral que se possa ter, os profissionais de cada uma de suas áreas são alvo de representações sociais específicas. Neste artigo concentramos nossa atenção às referências negativas usualmente dirigidas ao advogado criminalista. Para tanto, buscamos resgatar algumas tramas literárias, cinematográficas e de novelas (re)construindo o processo de constituição do imaginário social a respeito desse profissional por meio de uma espécie de arqueologia ou genealogia. Com isso, não estamos dizendo que o mundo das artes seria o responsável pelas representações sociais que pululam em torno da sua figura, posto serem elas o resultado de um conjunto de causas, mas, tão somente, mostrando as interseções entre essas obras que, aliás, não só possuem diferentes temporalidades, como também diferentes mecanismos de projeção e alcance.

No "mundo real", embora reconheça a existência de advogados com maior prestígio que juízes e promotores, Sadek (2010) pontua que aqueles não são a regra no tocante ao perfil dos advogados. Como no mundo das artes, o termo "advogado de porta de prisão" ou "de porta de cadeia" é uma forma pejorativa de se referir ao advogado criminalista que defende clientes com menor poder aquisitivo, maioria no sistema penal. O termo denota uma imagem negativa do advogado sob um duplo aspecto: por ser criminalista e pelo aspecto econômico, por não ser tão bem remunerado quanto os advogados de outros ramos ou mesmo os criminalistas que defendem acusados de crimes de colarinho branco.

Estudos que constatam a existência da transferência de predicativos desabonadores, a princípio conferidos a seus clientes, para os advogados, categorizando-os como uma espécie de profissionais de segunda categoria, contribuem não apenas para descortinarmos a hierarquia entre eles e suas tensões com o sistema de justiça (SÁ e SILVA, 2011), mas a própria qualidade democrática da sociedade em relação aos direitos e expectativas de direito de todos os cidadãos, indistintamente.

Referências

A FARSA DO ADVOGADO PATHELIN. Autor desconhecido. 2014. Oficina de teatro. Disponível em: [https://oficinadeteatro.com/conteudotextos-pecas-etc/pecas-de-teatro/viewdownload/5-pecas-diversas/46-a-farsa-do-advogado-pathelin.html]. Acesso em: 14.02.2019.

ABEL, Richard L. Comparative sociology of legal professions. In: ABEL, Richard L.; LEWIS, Philip S. C. Lawyers in society, vol. 3: comparative theories. University of California Press, 1989, pp. 80-153.

ADVOGADO DO DIABO. Direção: Taylor Hackford. EUA. 1997. 143 min, color. Título original: Devil's advocate.

AMADO, Jorge. Terras do sem-fim. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1999.

ASSIS, Machado de. O alienista. 29. ed. São Paulo: Ática, 1998.

BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BONELLI, Maria da Gloria. A competição profissional no mundo do Direito. Tempo Soc. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 185-214, maio 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/ts/v10n1/a12v10n1.pdf]. Acesso em: 13.02.2019.

BONELLI, Maria da Gloria. O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado. Rev. Bras. Ci. Soc. São Paulo, v. 14, n. 39, p. 61-81, fev. 1999. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1722.pdf]. Acesso em: 12.02.2019.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 1. ed. Campinas: Russell editores, 2008.

CARVALHO, Vinícius. Atuação de Paulo Betti em O Outro Lado do Paraíso surpreende e rouba a atenção na reta final da trama. In: TVFOCO, maio 2018. Disponível em: [https://www.otvfoco.com.br/atuacao-de-paulo-betti-em-o-outro-lado-do-paraiso-surpreende-e-rouba-a-atencao-na-reta-final-de-o-outro-lado-do-paraiso]. Acesso em: 05.03.2019.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução nº 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085]. Acesso em: 18.02.2019.

DURKHEIM, Émile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Os irmãos Karamazov. São Paulo: Abril cultural, 1970.

ELIAS, Norbert. Envolvimento e alienação. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FOLHA DE SÃO PAULO. Operação Lava Jato. In: Folha Explica, 2017. Disponível em: [http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato]. Acesso em: 26.09.2017.

FONSECA, Alana et al. Lula é condenado na lava jato a 9 anos e 6 meses de prisão no caso do triplex. In: G1, jul. 2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/lula-e-condenado-na-lava-jato-no-caso-do-triplex.ghtml]. Acesso em: 26.09.2017.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no collège de France (1972-1973). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

HERTZ, Robert. A proeminência da mão direita: um estudo sobre a polaridade religiosa. In: Religião e Sociedade, vol. 6, 1980.

HUNT, Lynn Avery. A invenção dos direitos humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEE, Harper. O sol é para todos. 1960. Disponível em: [http://www.mkmouse.com.br/livros/O%20Sol%20e%20Para%20Todos%20-%20Harper%20Lee.pdf]. Acesso em: 19.02.2019.

O MENTIROSO. Direção: Tom Shadyac. EUA. 1997. 86 min, color. Título original: Liar liar.

O VENTO SERÁ TUA HERANÇA. Direção: Stanley Kramer. EUA. 1960. 128 min, preto e branco. Título original: Inherit the wind.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAMIRO, Carlos Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 49, n. 196, pp. 297-309, out./dez. 2012. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/196/ril_v49_n196_p297.pdf]. Acesso em: 13.02.2019.

SÁ E SILVA, Fábio. "É possível, mas agora não": a democratização da justiça no cotidiano dos advogados populares. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, jan. 2011. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1336/1/TD_1567.pdf]. Acesso em: 12.02.2019.

SADEK, Maria Tereza Aina. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). O sistema de justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 137 p. Disponível em: [https://static.scielo.org/scielobooks/59fv5/pdf/sadek-9788579820397.pdf]. Acesso em: 13.02.2019.

SCALA, Flamino. A loucura de Isabella e outras comédias da Commedia dell'Arte. São Paulo: Iluminuras, 2003.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Pesquisa Brasileira de Mídia – 2016: relatório final. Brasília, 2016. SECOM. Disponível em: [http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view]. Acesso em: 18.02.2019.

SHAKESPEARE, William. Hamlet. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SHAKESPEARE, William. Henrique VI. Parte 2. Shakespeare Brasileiro. 201?. Disponível em: [https://shakespearebrasileiro.org/pecas/2-henry-vi-2/]. Acesso em: 19.02.2019.

SILVA, Welkson Pires da. Do factual ao ficcional e vice-versa: sobre o trânsito informacional na ambiência midiática. 2009. 138 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

TELLES, Sarah Silva; OLIVEIRA, Solange Luçan de (Orgs.). Os sociólogos: de Auguste Comte a Gilles Lipovetsky. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: Editora PUC, 2018.

VASCONCELLOS, Marcos de. "Perdoo advogado que vem aqui defender clientes", discursa desembargador, em voto. In: Consultor Jurídico, 31.07.2016. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2016-jul-31/perdoo-advogado-vem-aqui-defender-clientes-desembargador]. Acesso em: 30.08.2017.

WACQUANT, Loic J. D. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A teoria processual do livre convencimento, de Guttemberg Fernandes – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/177-188 (DTR\2012\450154);
- Advocacia em risco – Perigo para a ampla defesa de Luana Paschoal – *Ciências Penais* 16/333-357 (DTR\2012\450253); e
- Opinião pública e a interpretação da Constituição, de Maria Garcia – *RDCI* 54/52-61 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 1/1021-1031 (DTR\2006\740).

Megaprocessos criminais e direito de defesa

Criminal mega-trials and the right to present a defense

Diogo Malan

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor Adjunto de Processo Penal da UERJ e da FND/UFRJ. Advogado.
diogomalan@uol.com.br

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: Estudo sobre o fenômeno dos megaprocessos criminais e seus impactos no direito de defesa no Brasil, abrangendo aspectos históricos, conceituais, críticos e de política criminal.

Palavras-chave: Megaprocessos criminais – Emergência – Exceção – Crime organizado – Direito de defesa.

Abstract: Study on the criminal mega-trials phenomenon and their impacts on the right do present a defense in Brazil, encompassing historical, conceptual, legislative policy aspects and critique.

Keywords: Criminal mega-trials – Emergency – Exception – Organized crime – Right to present a defense.

Sumário: 1. Introdução. 2. Megaprocessos criminais: breve histórico. 3. Segue: conceito e principais características. 4. Segue: restrições ao direito de defesa. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O objetivo do presente texto é estudar a fisiologia dos chamados *megaprocessos criminais* (conhecidos na doutrina estrangeira como *maxi trials*, *maxiprocessi*, *monstreverfahren* etc.).

Embora se trate de fenômeno processual cada vez mais recorrente na realidade do sistema de administração da justiça criminal, especialmente na persecução da criminalidade organizada e dos crimes de cariz econômico-financeiro, ao que tudo indica até a presente data a doutrina nacional não logrou formular construção teórica consistente sobre os megaprocessos criminais.

Para tanto, este artigo será dividido em 3 partes.

Na primeira, se tentará delinear quais são as *origens históricas* desse fenômeno, desvelando o caldo cultural de *emergência*, as práticas judiciárias de *exceção* e o sistema processual penal que permitiram seu surgimento na Itália, durante as décadas de 1970 e 1980.

Na segunda, se buscará sistematizar quais são os *traços característicos* do nosso objeto de estudo, que o diferenciam dos processos criminais ordinários, além de encetar tentativa de aproximação ao *conceito* de *megaprocesso criminal*.

Na derradeira, se almejará demonstrar quais são as múltiplas e significativas *restrições* causadas pelos megaprocessos criminais ao direito de defesa dos acusados, tentando se demonstrar sua natureza *patológica*, a justificar pauta de política legislativa reformista que minimize os riscos de recorrência desse fenômeno processual no Brasil.

2. Megaprocessos criminais: breve histórico

Na perspectiva *política*, se afigura mais correto situar a origem dos megaprocessos criminais na ruptura paradigmática com o modelo haurido da tradição liberal, quanto às *fontes de legitimação política* e *princípios estruturantes* do Processo Penal, ocorrida na Itália durante as décadas de 1970 e 1980.

Nas sobreditas décadas, a sedimentação de caldo cultural de *emergência* (antiterrorismo, antimáfia, anticrime organizado, anticorrupção etc.) e de práticas judiciárias de *exceção* levaram à reedição de vetustos esquemas substancialistas e subjetivistas próprios da tradição penal pré-moderna, à adoção de técnicas inquisitivas na prática judiciária e de metodologias persecutórias próprias da atividade policial.[1]

Quanto às fontes de legitimação política, tal ruptura consistiu no uso da *emergência* e da *exceção* como fatores de legitimação da prevalência da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica*, enquanto parâmetro estruturante do Direito Processual Penal.

Nessa conjuntura, houve substituição da legitimação *jurídica* da intervenção processual penal – enquanto conjunto de técnicas de controle racional das práticas e procedimentos persecutórios estatais – por uma legitimação *política*,

1. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e raggione: Teoria del garantismo penale*, pp. 844 e ss. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.

direcionada à supremacia da tutela do Estado e seus objetivos (*salus rei publicae, suprema lex*).

Por outro flanco, tal *exceção* se tornou fator de legitimação de práticas judiciárias abertamente divorciadas dos limites constitucionais, convencionais, legais ou racionais ao poder punitivo. Nesse diapasão, houve prevalência da ideia de que é *legítima* a transgressão casuística das garantias processuais penais, em razão da natureza *excepcional* da criminalidade considerada política, alarmante ou grave (*in atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi*).

Assim, segundo Luigi Ferrajoli o termo *processo penal de exceção* denota dois fenômenos interligados, que denotam o abismo existente entre o *dever ser normativo* e a *práxis judiciária*: a legislação apartada do marco constitucional e a respectiva jurisdição penal de exceção.

Não obstante, um erro não justifica o outro: malgrado a legislação emergencial decerto tenha aumentado os poderes judiciais, favorecendo arbítrios e ilegalidades, isso não eximia os juízes italianos da sua responsabilidade política e funcional de interpretá-la e aplicá-la conforme a Constituição.[2]

Nesse contexto histórico, a colaboração premiada foi alçada pela prática judiciária à condição de verdadeira rainha das provas (*regina probationum*), em razão da procedência do colaborador do próprio intestino da organização criminosa.[3]

Na perspectiva *normativa*, parece correto afirmar que a fenomenologia dos megaprocessos criminais foi favorecida pela disciplina do instituto da conexão processual contida no *Codice di Procedura Penale* de 1930.

Tal codificação fascista continha ampla gama de hipóteses de conexão processual, contendo vínculos plurissubjetivos e monossubjetivos, com relações de cariz probatório, teleológico, ocasional ou consequencial. Tratava-se de emaranhado cipoal normativo de liames, marcados por 3 rubricas (*nexo finalístico* ou *conjuntura ocasional*; *autoria*; *prova*) e susceptíveis a interpretações judiciais casuísticas e discricionárias.

O artigo 413 do diploma em apreço, por seu turno, permitia o *simultaneus processus* para além das hipóteses legais de conexão processual, em *quaisquer* outros casos nos quais o juiz assim reputasse conveniente, desde que isso não ensejasse excesso de prazo.

2. FERRAJOLI, Luigi. Idem, pp. 845-846.

3. MARAFIOTI, Luca; FIORELLI, Giulia; PITTIRUTI, Marco. Maxiprocessi e processo "giusto. In: BARGI, Alfredo (Org.). *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, pp. 653-690. Torino: Giappichelli, 2013.

O fundamento político desse regime era assegurar a completude e coerência da pesquisa judicial da *verdade material*, premissa para a consecução do objetivo da defesa social contra a criminalidade.[4]

Outro dispositivo que favorecia a formação de *maxiprocessi* era o artigo 299 do *Codice di Procedura Penale* de 1930, que conferia aos juízes instrutores italianos amplos poderes de produção probatória, em regime de segredo absoluto. Tais poderes ensejavam violação à imparcialidade (*terzietà*) desses magistrados peninsulares, principal motivo que ensejou a reforma global da sobredita codificação, abolindo-se a figura do Juiz de Instrução.[5]

O exemplo paradigmático de megaprocesso criminal é aquele iniciado em Palermo (Itália) em 1986, cujos números superlativos impressionam: acusação contra 475 acusados de pertencer à organização criminosa de tipo mafioso denominada *Cosa Nostra*, 200 defensores técnicos, 349 audiências, 1.314 depoimentos, 114 acusados e absolvidos, 346 condenados a 19 penas de prisão perpétua e 2.665 anos de reclusão.[6]

O que viabilizou tal megaprocesso foram alguns fatores: (i) o rompimento do pacto de silêncio (*omertà*) que vicejava na própria *Cosa Nostra* e na sociedade siciliana como um todo, em razão dos acordos de colaboração premiada firmados por Tommasso Buschetta e Salvatore Contorno, os quais revelaram detalhes sobre a estrutura hierárquica verticalizada, os integrantes, o quartel-general, o código de conduta e as atividades criminosas da *Cosa Nostra*; (ii) a introdução da figura típica de *associação criminosa de tipo mafioso* (*associazione per delinquere di tipo mafioso*) no artigo 416-*bis* do Código Penal pela Lei nº. 646, de 1982 (*Legge Rognoni-La Torre*); (iii) a formação do chamado *pool antimáfia*, composto pelos juízes de instrução Giovanni Falcone, Paolo Borsellino, Giuseppe Di Lello e Leonardo Guarnotta, instituição que permitiu diluição do risco pessoal de cada um, a distribuição racional do trabalho, o compartilhamento de dados sigilosos entre eles e a preservação da memória histórica da investigação.

4. MARAFIOTI, Luca. Simultaneus processus e mito del giudicato. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio: L'ereditá del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, pp. 187-196. Milano: Giuffrè, 2010.
5. PENNISSI, Angelo. La struttura del processo penale nel Codice de 1930 e successive modificazioni: La connessione dei reati; l'economia processuale; l'unitarietà della vicenda criminale; oggetto del processo, In: TINEBRA, Giovanni e outros (Orgs.). *Fenomenologia del maxiprocesso: Venti anni di esperienze*, pp. 61-65. Milano: Giuffrè, 2011.
6. SCHNEIDER, Jane; SCHNEIDER, Peter. *Reversible destiny: Mafia, antimafia and the struggle for Palermo*, pp. 127 e ss. Berkeley: University of California Press, 2003.

A fenomenologia dos megaprocessos alterou não só a natureza jurídica do processo criminal em si, como também a estrutura pessoal e material do sistema de administração da justiça criminal.

Por exemplo: especialmente para o sobredito megaprocesso foi construída, no interior do *Carcere dell'Ucciardone* de Palermo, uma *sala de audiências-bunker* de concreto reforçado capaz de resistir a ataques de mísseis, com capacidade para centenas de pessoas.

Casos emblemáticos de megaprocessos criminais no Brasil são aqueles relacionados à *Operação Lava Jato*, iniciada na Seção Judiciária do Paraná em março de 2014.

Tratam-se, em apertada síntese, de processos criminais sobre suposto esquema de *corrupção* e *branqueamento de capitais* envolvendo executivos e funcionários da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás (sociedade de economia mista cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal) e de grandes conglomerados empresariais privados. Parte da propina seria canalizada para agentes e partidos políticos, que forneceriam sustentação à nomeação e manutenção no cargo de dirigentes da Petrobrás.[7]

Tal operação, à época da conclusão deste artigo, havia produzido só no Estado do Paraná 85 denúncias contra 347 acusados e acarretado 226 condenações contra 146 pessoas a penas somadas de 2.120 anos de prisão.[8]

3. Segue: conceito e principais características

Os megaprocessos criminais são consequência direta de mutação substancialista e subjetivista da geometria normativa dos tipos penais, direcionada à *pessoa* do acusado, e não a um *fato naturalístico concreto* empiricamente demonstrável. Assim, as figuras delitivas de cariz associativo características das legislações da *emergência* têm fórmulas flexíveis, polissemias, indeterminações empíricas e conotações altamente subjetivas e valorativas.[9]

Via de consequência, tal paradigma substancialista e subjetivista permite toda sorte de hipóteses sociológicas e elucubrações político-historiográficas, tecidas a partir das personalidades supostamente *antijurídicas* ou *subversivas* dos acusados.

---

7. LORENZON, Geanluca. Corruption and the rule of law: How Brazil strengthened its legal system. In: *Cato Institute Policy Analysis*, n. 827, pp. 01-16, nov. 2017.
8. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números no Paraná*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 10.02.2019.
9. FERRAJOLI, Op. cit., pp. 858 e ss.

Fenômeno associado à sobredita mutação do direito penal material é concepção igualmente substancialista e subjetivista de *verdade processual*, que favorece metodologias inquisitivas.

Em primeiro lugar, acusador e julgador assumem conotação *partidária* e o processo criminal feição *ofensiva*, de *instrumento de luta* contra a delinquência organizada (v.g. terrorista, mafiosa, contra a Administração Pública etc.). Nessa toada, o paradigma liberal clássico do processo penal, enquanto mecanismo de reconstrução histórica *imparcial* do fato imputado, é substituído por mecanismo *inquisitorial* de busca do delito na pessoa do acusado encarcerado.

Assim, o procedimento de verificação empírica sobre *fatos* naturalísticos imputados é substituído por técnica de inquisição sobre a *personalidade* "*amiga*" ou "*inimiga*" do acusado, desvelada não só pela imputação como também pelo seu próprio comportamento processual.

A colaboração premiada se insere nesse contexto não só como *meio de pesquisa* (ou *de investigação*) do crime, mas também como *fim em si mesma*: o colaborador premiado cerra fileiras com a parte processual acusadora, fornecendo-lhe não só elementos sobre sua culpabilidade e de seus associados, mas principalmente sobre seu próprio caráter "*anticriminoso*".

Nesse sentido, o processo criminal funciona na prática como *pressuposto substancial da pena*, durante o qual o acusado define o seu próprio caráter de "*amigo*" (v.g. *arrependido, colaborador, delator* etc.) ou "*inimigo*" do poder punitivo, conforme sua adesão às fileiras da acusação ou da defesa.

Na seara da execução da pena, a guinada substancialista e subjetivista sobrepõe os institutos da *prisão processual* e da *prisão-pena*, tornando a primeira um momento diretamente aflitivo de *punição* preventiva, e a segunda um instrumento de *inquisição* para colocar o acusado à disposição do acusador, pressionando-o para que confesse e colabore, em troca de favores e prêmios.[10]

No campo do processo penal, a precitada conjuntura histórica de emergência e exceção deu azo ao *gigantismo processual* e aos *megaprocessos* criminais.[11]

O primeiro se desenvolveu em três dimensões distintas.

A primeira (*horizontal*) consiste na instauração de investigações sobre dezenas ou centenas de suspeitos, mediante operações policialescas massivas e fundadas em indícios frágeis (v.g. atos iniciais de instrução policial).

10. FERRAJOLI, Op. cit., pp. 860-861.

11. FERRAJOLI, Op. cit., pp. 861 e ss.

A segunda (*vertical*) é caracterizada pelo abuso do poder de acusar (*overcharging*), consubstanciado na multiplicação das infrações penais imputadas a dezenas ou centenas de acusados, as quais são deduzidas umas das outras, em verdadeiro ciclo vicioso de retroalimentação (v.g. crimes associativos de crimes-fim, e vice-versa), ou induzidos a título de concurso moral com crimes imputados a corréus.

A derradeira (*temporal*) é revelada pela duração excessiva dos processos, que se arrastam por anos a fio durante a fase da investigação preliminar, de sorte a se estender ao máximo o prazo de duração da prisão preventiva.

Nessa toada, os megaprocessos criminais gerados acabam assumindo formas de *labirintos intrincados*, na expressão de Luigi Ferrajoli, os quais estão entrelaçados com procedimentos de investigação preliminar, apensos, medidas cautelares, processos conexos etc., e cujos autos consistem em dezenas de milhares de folhas, em constante expansão.

Os megaprocessos se tornam solo fértil para abusos de poder e ilegalidades. Por exemplo: a relação simbiótica entre prisão preventiva e colaboração premiada, na qual a primeira é usada como instrumento de pressão física e psicológica sobre o acusado para obter dele a segunda, a qual por seu turno não raro funciona como suporte probatório exclusivo da imputação.

Na Itália esses abusos e ilegalidades incluíram a dispensa de favores ilegais a colaboradores, tais como retratações de imputações, libertações antecipadas, não ajuizamento de ações penais condenatórias, favorecimentos de fugas com passaportes facilitados para subtrair delatores do confronto em juízo com delatados, mandados de busca e apreensão reiterados com base nos mesmos fatos, manipulação da competência e da conexão para afastar órgãos jurisdicionais antipáticos à acusação etc.

O propalado "sucesso" dos megaprocessos criminais se deveu à natureza *autorreflexiva* do seu mecanismo inquisitivo: uma vez formalizada a imputação, a prisão preventiva era decretada automaticamente e funcionava na prática como um teste de esforço sobre o acusado, que ficava sem outra saída a não ser confessar e delatar terceiros.

É lícito concluir que o próprio cariz *complexo* e *difícil* dos megaprocessos criminais aumenta a margem de erros judiciários e o risco da prática de injustiças involuntárias, em comparação aos processos criminais ordinários.[12]

12. FERRAJOLI, Op. cit., p. 845.

Para Marafioti, Fiorelli e Pittiruti, a expressão *megaprocesso* designa aquele com multiplicidade de acusados, cujas proporções mastodônticas o tornam uma *deformação*, implicando alterações em praticamente todos os institutos processuais penais.[13]

Segundo eles, os megaprocessos constituem modelo criado pela prática judiciária para dar resposta *psicológica* à crescente e extrema violência com a qual agiam as organizações criminosas de tipo mafioso na Itália durante a década de 1980. Por outro lado, os megaprocessos exercem papel *anômalo* e *simbólico* de defesa social contra a criminalidade organizada.

Assim, o megaprocesso é permeado por elementos *metajurídicos* (v.g. emotivos, ideológicos, sociológicos, políticos etc.) que modificam as tradicionais funções processual e judicial: o juiz deixa de ser terceiro imparcial e desinteressado no resultado do processo, tornando-se *defensor das instituições sociais* supostamente postas em causa pela criminalidade organizada.

O papel do acusado também é modificado, havendo risco de ruptura com a garantia da responsabilidade penal subjetiva: o megaprocesso contra dezenas ou centenas de pessoas acusadas de associação à máfia periga se tornar, via absolvições e condenações, um "*processo histórico sobre a criminalidade organizada de tipo mafioso*", atingindo resultados medíocres, nas perspectivas *judiciária* e *histórica*.

Em sentido semelhante, Ennio Amodio aponta os megaprocessos criminais como sendo espécie de *representação cênica*, celebrada publicamente para atestar a suposta capacidade estatal de dominar o fenômeno criminal. Tal representação é eleita por representar a exteriorização da força do Estado para enfrentar as formas de criminalidade mais graves ou temíveis.[14]

Marafioti, Fiorelli e Pittiruti também apontam a correlação entre a longa duração dos megaprocessos criminais e restrições excessivas ao direito de defesa dos acusados.[15]

Exemplos dessas restrições na fase da investigação preliminar eram requerimentos ignorados, pedidos de produção de contraprova defensiva indeferidos, *interrogatórios de garantia* (análogos às audiências de custódia) de natureza meramente *formal*, prazos processuais insuficientes (5 dias para tomar conhecimento

13. MARAFIOTI, Luca; FIORELLI, Giulia; PITTIRUTI, Marco. Maxiprocessi e processo "giusto". In: BARGI, Alfredo (Org.). *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, pp. 653-690. Torino: Giappichelli, 2013.

14. AMODIO, Ennio. La patologia del maxiprocesso: Diagnosi e terapêutica. In: *Cassazione Penale*, Milano, v. 27, n. 01, pp. 2.056-2.060, 1987.

15. MARAFIOTI, Luca; FIORELLI, Giulia; PITTIRUTI, Marco. Op. cit., pp. 665 e ss.

de milhares de elementos informativos, amealhados durante fase de encerramento da instrução formal até então sigilosa, e apresentar defesa) etc.

Na fase judicial da persecução penal, os megaprocessos ensejavam severas restrições às garantias do contraditório, direito ao confronto, oralidade e imediação. Isso porque o artigo 466-*bis* do *Codice di Procedura Penale* de 1930 permitia a produção de declarações testemunhais escritas sem a necessidade de leitura em audiência, mediante mero juízo formal de admissibilidade (*utilizzabilità*).

Para Piermaria Corso, os megaprocessos criminais causaram a deturpação do artigo 365 do *Codice di Procedura Penale* de 1930, que impunha a realização do interrogatório judicial do investigado com urgência, no prazo máximo de 15 dias contados da data da sua prisão, sob pena de relaxamento.

Na prática judiciária, essa norma destinada à tutela dos direitos à autodefesa, liberdade e julgamento no prazo razoável do preso recebia aplicação meramente formal, para evitar a libertação dos presos por excesso de prazo.[16]

Outro reflexo perverso sobre o direito de liberdade é que a prisão processual simultânea de dezenas (quiçá centenas) de investigados ensejava *rea*ção em cadeia, consistente em plêiade de pedidos de relaxamento de prisão, concessão de liberdade provisória, substituição por medidas cautelares alternativas etc., todos apresentados em curtíssimo lapso temporal. Essa conjuntura impedia o juízo, já premido por pesada pauta de interrogatórios, de apreciar a situação individual de cada preso, induzindo-o a sempre manter tais prisões.

O sobredito autor italiano também aponta a *espetacularização* da persecução penal como traço distintivo dos megaprocessos criminais. Essa espetacularização se dá principalmente em 2 momentos: (i) deflagração da fase *ostensiva* da operação policial (com a execução simultânea de diversos mandados de prisão, busca e apreensão domiciliar etc.); (ii) oferecimento da acusação formal, cuja hipótese narrativa recebe valoração midiática e social equivalente à condenação definitiva, erodindo a presunção de inocência dos acusados [17]

Sintomático dessa espetacularização é o fato de que na Itália a acusação formal (*sentenza-ordinanza di rinvio a giudizio*) relativa ao sobredito megaprocesso de Palermo foi publicada e vendida como *best seller*.[18]

16. CORSO, Piermaria. Fenomenologia del "maxiprocesso". *L'indice penale*, n. 20, pp. 249-267. Roma, 1986.
17. CORSO, Piermaria. Op. cit., p. 258.
18. STAJANO, Corrado. Mafia: *L'atto d'accusa dei guidici di Palermo*. Roma: Editori Riuniti, 1992.

Destarte, a pluralidade de acusados implica multiplicidade de formalidades processuais e o subsequente aumento do risco de erros, violações do direito de defesa etc. Em suma: de nulidades processuais.[19]

Há quem considere haver íntima relação de *causa e efeito* entre o instituto da colaboração premiada e a fenomenologia dos megaprocessos criminais. Nesse sentido, as declarações do colaborador premiado possuem a peculiaridade de ter por conteúdo empreitada criminosa que se espraia no tempo e espaço, englobando crime associativo e crimes-fim praticados por de dezenas ou centenas de pessoas.[20]

Os megaprocessos criminais, embora sejam *exceção* e não *regra*, hoje são realidade inegável no dia a dia do sistema de administração da justiça criminal.

Não obstante, trata-se de fenômeno processual ainda carente de formulação teórica consistente no Brasil. Tal tentativa de aproximação conceitual se afigura necessária, caso constatada a natureza *patológica* dessa fenomenologia e subsequente necessidade de reforma legislativa para minimizar o risco de sua recorrência.

A esse propósito, de início deve ser afastada a tentação de incorrer nos reducionismos de caracterizar os megaprocessos criminais pelo seu *maior grau de complexidade* e/ou pela *multiplicidade de acusados*, se comparado aos processos criminais ordinários.

A uma, importante pesquisa empírica revela que a percepção sobre a natureza *complexa* de determinado processo criminal varia conforme a função desempenhada pelo observador (juiz, jurado, parte etc.). Esses diferentes atores processuais se utilizam de critérios pessoais *heterogêneos* (v.g. quantidade de acusados, quantidade de vítimas, quantidade de peritos, duração do julgamento, gravidade e natureza das infrações penais imputadas, legitimidade da legislação penal aplicável etc.) para caracterizar a *complexidade* de determinado caso criminal.[21]

A duas, a *complexidade* de determinado processo criminal pode ser de diferentes naturezas: (i) *legal*: decorre da dificuldade em se identificar o marco normativo aplicável ao caso concreto, devido à sobreposição de normas sobre o mesmo tema, à sua ambiguidade ou obscuridade, à multiplicidade de fontes, à remissão a conceitos técnico-científicos herméticos etc.; (ii) *fática*: resulta de óbices na

19. CORSO, Piermaria. Op. cit., p. 254.

20. ALFONSO, Roberto. Introduzione: Il fenomeno del "penitismo" e il maxiprocesso. In: TINEBRA, Giovanni e outros (Orgs.). *Fenomenologia del maxiprocesso: Venti anni di esperienze*, pp. 01-13. Milano: Giuffrè, 2011.

21. HEISE, Michael. Criminal case complexity: An empirical perspective. *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 01, pp. 331-369. Ithaca, jul. 2004.

produção e valoração da prova, devido à grande quantidade de enunciados fáticos a serem provados, à natureza técnico-científica ou indeterminação desses enunciados, às dificuldades na sua comprovação empírica etc.; (iii) *participativa*: causada pela incompetência profissional, carga de trabalho, incapacidade cognitiva, natureza, função, motivação estratégica etc. dos sujeitos processuais penais (juiz, jurados e partes).[22]

A três, certos casos penais aparentemente simples podem vir a adquirir grau considerável de complexidade fático-probatória (v.g. controvérsia científica sobre a natureza *entorpecente* da substância portada pelo acusado) e/ou jurídica (v.g. questionamento da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06, à luz de direitos fundamentais individuais), a depender das estratégias adotadas pelas partes.

A quatro, a multiplicidade de acusados, por si só, não configura indicativo seguro para a tentativa de construção conceitual em apreço, bastando se pensar naqueles crimes de *concurso necessário* (v.g. *rixa* etc.) que não têm *nenhuma* relação com o sobredito contexto histórico no qual surgiu a fenomenologia dos megaprocessos criminais.

Assim, se afigura preferível aproximação ao conceito de *megaprocesso criminal* com base nas origens históricas e características expostas acima, pertencentes aos domínios da chamada *criminalidade organizada*.[23]

---

22. Cada um desses 3 níveis decorre de causas distintas, podendo mudar independentemente dos demais. Por exemplo: a complexidade *legal* pode dificultar a decisão judicial mesmo quando os enunciados fáticos são relativamente simples, e vice-versa. Assim, o grau de complexidade de determinado caso penal não é necessariamente idêntico nos 3 níveis, embora casos altamente complexos tendam a conjugar complexidade *legal*, *fática* e *participativa*. Ademais disso, os sobreditos níveis também podem se condicionar reciprocamente. Por exemplo: as complexidades *legal* e *fática* podem causar complexidade *participativa* quando as 2 primeiras sobrecarregarem a capacidade cognitiva do jurado, prejudicando a sua capacidade de valorar a prova corretamente (FORD, Stuart. Complexity and efficiency at international criminal courts. *Emory International Law Review*, Atlanta, n. 29, pp. 01-69, 2014). Nos sistemas que adotam o Tribunal do Júri, os megaprocessos criminais apresentam dificuldades adicionais, pois os jurados são afastados dos seus afazeres diários durante meses a fio, além de ter que absorver, memorizar e organizar mentalmente quantidade gigantesca de elementos probatórios, para valorá-los só meses após sua produção (JUDGE, Brendan. No easy solutions to the problem of criminal mega-trials. *Notre Dame Law Review*, n. 66, pp. 211-240. Notre Dame, 1990).

23. Sobre essa criminalidade, ver: CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo: B de f, 2008; ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Assim, forte em Ferrajoli é possível formular a seguinte proposta de conceito – de cariz crítico e teleológico – de *megaprocesso criminal*: *processo empregado (ainda que não declaradamente) como instrumento de luta contra a criminalidade organizada, em contexto cultural de emergência e práticas judiciárias de exceção, no qual acusador e julgador têm conotação partidária e há imputação de multiplicidade de delitos (de cariz associativo e crimes-fim) à quantidade considerável de acusados.*

Decerto há outras características – *acessórias* ou *secundárias* – associadas aos *megaprocessos criminais* (v.g. espetacularização; uso massificado de métodos ocultos de investigação, de prisões processuais etc.), porém a eventual ausência casuística de uma, ou algumas delas, não descaracteriza a formulação conceitual acima.

Também não há de se considerar aspectos tais como restrições ao direito de defesa e demais garantias dos acusados como integrantes do conceito de *megaprocesso criminal*, pois se tratam de *consequências*, e não de *causas*.

4. Segue: restrições ao direito de defesa

Em razão de limitações de espaço e tempo, ora é imprescindível recorte epistemológico excludente da análise de restrições causadas pelos megaprocessos criminais àquelas garantias processuais diversas do direito de defesa.[24]

Como é cediço, este último é o "*direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade*" ou o "*direito de querer a observância das normas que lhe evitam lesão ao direito à liberdade*".[25]

Hoje é pacífico que o direito de defesa transcende o interesse pessoal do acusado, revestindo-se de *interesse público relevante* e *indisponível* na própria legitimidade ético-política da jurisdição criminal (*nemo iudex sine defensione*).[26]

24. Sobre a relação entre a falta de taxatividade e materialidade dos crimes associativos de tipo mafioso e restrições às garantias processuais na produção da prova penal, ver: SIRACUSANO, Delfino. Reati associativi e processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 40, n. 04, pp. 1.085-1.096. Milano, ott./dic. 1997.

25. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 04, pp. 110-125. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.

26. GIARDA, Angelo. La difesa tecnica dell'imputato: Diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione. In: GREVI, Vittorio (Org.). *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, pp. 62-81. Bologna: Zanichelli, 1977.

Não há exagero em se afirmar que o direito de defesa consiste na *principal* garantia processual penal do acusado, porquanto na prática forense ela torna operativas todas as demais.[27]

Quanto ao seu conteúdo, o direito de defesa é *complexo* e *multifacetado*, abarcando os seguintes consectários lógicos: (i) direito à defesa técnica *efetiva* (CPP, art. 261, parágrafo único); (ii) direito à *livre escolha* do defensor técnico (STF, HC 67.755-SP); (iii) direito à comunicação *pessoal* e *reservada* com o defensor técnico (CADH, art. 8.2.d); (iv) direito ao *tempo* e aos *meios adequados* para a preparação da defesa (CADH, art. 8.2.c) – o qual engloba os direitos de acesso aos elementos informativos e probatórios na posse da polícia judiciária e do acusador, de ser informado da acusação (CADH, art. 8.2.b) e de produzir contraprova defensiva (CADH, art. 8.2.f); (v) direito à *inviolabilidade* da pessoa, documentos e local de trabalho do defensor técnico (Lei nº. 8.906/94, art. 7º, II); (vi) direito à última palavra (STF, HC 87.926-SP).[28]

A doutrina italiana leciona que o direito de defesa possui núcleo *essencial* que é inviolável em quaisquer circunstâncias, porém seu conteúdo periférico pode eventualmente sofrer restrições pontuais, desde que elas sejam *proporcionais*. Tais restrições proporcionais são mais toleráveis na fase de investigação preliminar do que na fase judicial da persecução penal.[29]

Não obstante, os megaprocessos criminais põem em causa não só o conteúdo *periférico* do direito de defesa.

Ao contrário, a doutrina peninsular observa que a expressão *megaprocesso criminal de tipo acusatório* consiste no suprassumo da contradição conceitual.

Isso porque as sobreditas origens históricas e características dos megaprocessos criminais ensejam múltiplas e excessivas restrições ao direito de defesa, motivo pelo qual a elefantíase processual deve ser considerada *patologia* a ser evitada nos sistemas processuais penais de corte acusatório.

Para tanto, o modelo do *Codice di Procedura Penale* acusatório ora vigente teve como vetor de política legislativa a imposição de *limites rigorosos* à conexão

27. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*, p. 155. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

28. MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, pp. 143-186. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

29. ORLANDI, Renzo. Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata). In: AA.VV. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, v. 2, pp. 545-580. Milano: Giuffrè, 2000.

processual, com previsão legal expressa de suas hipóteses, exclusão da discricionariedade na determinação do juízo competente e disciplina das hipóteses legais de separação de processos.[30]

Alessandro Gamberini, por seu turno, aduz que os megaprocessos só cumprem a função tradicional do processo penal – verificar se fato criminoso *determinado* foi praticado por acusado *específico*, eventualmente sujeitando-o à uma pena *individualizada* – de forma *contingencial*.

Segundo esse autor peninsular, embora os megaprocessos criminais assumam a aparência *formal* de processos ordinários, na verdade aqueles têm por função precípua combater o fenômeno da criminalidade organizada, inclusive pela via da espetacularização.[31]

Nessa conjuntura, o exercício do direito de defesa é considerado *disfuncional*, sendo recebido com *intolerância* ou *hostilidade* pelo acusador e julgador partidários, quando o acusado e seu defensor adotam comportamento não colaborativo.

Os megaprocessos tendem a ensejar múltiplas e excessivas restrições à garantia da defesa penal, notadamente aos seus consectários dos direitos à defesa técnica *efetiva*, à *livre escolha* do defensor técnico e ao *tempo* e aos *meios adequados* para a preparação da defesa.

No que toca ao primeiro corolário, problema detectado pela doutrina italiana é que os megaprocessos criminais afetam a própria *efetividade* da defesa técnica dos acusados. Isso porque: (i) a exigência de comparecimento a *dezenas* de audiências em prol de um único cliente força o defensor técnico constituído a *negligenciar* outros compromissos profissionais; (ii) a atuação profissional desse defensor constituído, portanto, tende a não ser *compensatória* do ponto de vista financeiro; (iii) as campanhas de doações feitas na Itália para subsidiar a constituição de pessoas ofendidas como *partes civis* nos megaprocessos criminais acentuou a *desigualdade material* entre as partes; (iv) o defensor técnico nomeado para atuar em megaprocesso criminal tende a proporcionar ao acusado defesa meramente *decorativa*, ante o *pesadíssimo* ônus, em termos de esforço físico/intelectual e tempo, que lhe é imposto.[32]

30. FRIGO, Giuseppe. Compatibilità del maxiprocesso con le direttive per il nuovo Codice di Procedura Penale. *L'indice penale*, n. 21, pp. 425-445. Roma, 1987.

31. GAMBERINI, Alessandro. Lotta al crimine organizzato e ciclopi processuale: 'Riconoscibilità' dell'intervento guidiziario e 'praticabilità' della funzione defensiva. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 01, v. 04, pp. 63-74, 1986.

32. CORSO, Piermaria. Op. cit., p. 262.

Quanto ao segundo corolário, deve ser salientado que a hipertrofia processual tende a afastar a possibilidade de atuação de defensores técnicos particulares livremente escolhidos pelos acusados.

Isso porque as proporções processuais mastodônticas exigem atuação profissional que consome, ao longo de vários anos, literalmente *centenas* de horas de trabalho dedicadas ao estudo de *milhares* de folhas de autos, ao comparecimento a *dezenas* de audiências de instrução e julgamento fracionadas etc.

Esse avassalador volume de trabalho para o defensor técnico inclusive exige infraestrutura cara e complexa: (i) contratação de advogados associados e estagiários; (ii) compra de dispositivos tecnológicos; (iii) subcontratação de assistentes técnicos, investigadores particulares, profissionais para transcrever centenas de horas de depoimentos gravados e conversas telefônicas interceptadas etc.

O elevado *custo de oportunidade* gerado para o advogado (que deixa de ter tempo hábil para assumir outras causas) e o precitado alto custo da infraestrutura necessária para atuar em megaprocessos criminais elevam proporcionalmente o valor dos honorários cobrados, tornando defensores técnicos qualificados simplesmente *inacessíveis* à vasta maioria dos acusados.

Esse problema é agravado pela rotineira decretação do *sequestro universal* de todos os bens e valores do acusado e de seus familiares, ao ensejo da deflagração da fase ostensiva da operação policial.

Essa medida cautelar patrimonial, em tese, deveria ser circunscrita àqueles bens e valores individualizados que comprovadamente constituem *proventos* das infrações penais imputadas ao acusado, nos termos dos artigos 125 e 132 do Estatuto Processual Penal.

Provento significa "*aquilo que o infrator obtém agindo economicamente sobre o produto*" do crime.[33]

33. SAAD, Marta. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*, pp. 110-111. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de São Paulo (2007). Ou seja: *provento* é o ganho, lucro ou benefício econômico decorrente do uso do *produto* pelo sujeito ativo do crime (v.g. apartamento adquirido com a venda de joias furtadas; dinheiro em espécie recebido pela venda de automóvel roubado etc.). Noutro giro, o *produto* do crime corresponde àquilo que o seu sujeito ativo obtém pelo ato delituoso em si, de maneira direta e pessoal (v.g. joias furtadas; automóvel roubado etc.) (PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*, pp. 09-10. São Paulo: José Bushatsky, 1973).

Assim, o sequestro não pode incidir, de modo *indiscriminado*, sobre *todos* os bens e valores do acusado e seus familiares, independentemente da relação entre tais ativos e os fatos que constituem o objeto do megaprocesso criminal.

Pelo contrário, o sequestro deveria ser circunscrito àqueles bens e valores *específicos* que foram auferidos pelo acusado e seus familiares com o *produto* das infrações penais que constituem o objeto da persecução penal – portanto *após* a sua consumação.

Assim, a consequência – e possível finalidade não declarada – do *sequestro universal* dos bens e valores do acusado e seus familiares é sua falta de *liquidez* e *solvência* para a contratação de defensor técnico particular.

No que tange ao derradeiro corolário, as dimensões colossais dos megaprocessos criminais incluem dezenas de milhares de folhas de autos, espraiadas pelo processo principal, apensos, inquérito policial, medidas cautelares, processos conexos etc., sempre em constante expansão, além de mídias contendo *gigabytes* ou *terabytes* de planilhas, documentos contábeis e comerciais, gravações audiovisuais de depoimentos, gravações de áudios de conversas telefônicas interceptadas etc.

Esse volume descomunal do acervo de elementos informativos e probatórios torna praticamente *impossível* seu estudo integral e minucioso pelo defensor técnico, havendo risco de passarem despercebidas informações potencialmente úteis à estratégia defensiva do acusado.[34]

Além disso, nem sempre a denúncia que deflagra o megaprocesso criminal vem instruída por procedimento administrativo previsto em lei, formalmente instaurado e autuado, contendo a imprescindível documentação de *todos* os elementos informativos e probatórios amealhados durante a investigação preliminar, inclusive aqueles eventualmente favoráveis ao investigado.[35]

---

34. FERRAJOLI, Op. cit., p. 861.

35. "O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente

Pelo contrário, não é incomum que a denúncia que instaura o megaprocesso criminal seja instruída por documentos avulsos, incompletos e/ou fora de ordem cronológica. Não faltam mesmo denúncias que fazem remissões a documentos que nem sequer se encontram encartados nos autos do próprio megaprocesso criminal, e sim espraiados por processos conexos que tramitam em grau de sigilo máximo (v.g. declarações de colaboradores premiados cujos respectivos acordos não foram objeto de decisão judicial homologatória), portanto *inacessíveis* ao defensor técnico do acusado.[36]

Tal cisão gera desigualdade substancial entre as partes, pois enquanto o acusador possui visão *global* do contexto fático-probatório no qual está inserida a imputação, o defensor técnico do acusado pode conhecer somente uma *fração* desse contexto, comprometendo a sua compreensão.[37]

Essas duas características dos megaprocessos – volume monstruoso do acervo documental que compõe os autos e dispersão/fragmentação probatória – tornam altamente discutível se os acusados de fato têm direito aos *meios adequados* para a preparação das suas defesas.

Noutro giro, é igualmente problemática a questão do direito convencional ao *tempo* necessário para a preparação da defesa.

Isso porque o Ministério Público e a polícia judiciária dispõem de meses, ou até anos, para preparar seu caso, ao longo da fase da investigação preliminar. Nesse ínterim, há uma série de elementos informativos e probatórios que não são revelados ao defensor técnico do investigado, seja pela sua colheita nos autos de medidas cautelares sigilosas, seja pela estratégia persecutória de manter diversos elementos relevantes *fora* dos autos do procedimento administrativo formal, até a undécima hora.

No procedimento comum ordinário há prazo de 10 dias, contados da citação pessoal do acusado, para o defensor técnico estudar volume ciclópico de elementos granjeados na fase de investigação preliminar e até então desconhecidos – não

incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório" (STF, 2ª Turma, HC 94.173-BA, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 27.11.2009).

36. TORON, Alberto. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, pp. 15-41. São Paulo: Ed. RT, ago. 2016.

37. SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: Novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo: Escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988,* pp. 311-329. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

raro se deparando com dificuldades técnicas (v.g. *softwares* incompatíveis; mídias corrompidas ou sem senha de acesso etc.) nesse ínterim – e apresentar sua resposta à acusação, arguindo questões preliminares ao mérito, alegando tudo que interessa à defesa, oferecendo documentos e justificações, especificando provas etc. (CPP, art. 396-A).

Assim, tal prazo pode ser *insuficiente* para a análise cuidadosa da íntegra do titânico acervo documental que serve de suporte à denúncia e elaboração da resposta à acusação.

Outro problema constatado é a inobservância do direito fundamental à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada.

O núcleo essencial desse direito fundamental pode ser examinado sob 3 aspectos distintos: o *subjetivo* diz respeito aos órgãos públicos que estão obrigados a propiciar essa informação (polícia judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário) e ao destinatário dela (o investigado ou acusado).

Além disso, a informação deve necessariamente abranger a íntegra do fato imputado, por um lado, e todos os direitos que assistem ao suspeito ou acusado (conforme a fase da persecução penal) e que são de informação obrigatória, por outro. Esse é o aspecto *objetivo* da garantia.

Por fim, há ainda uma dimensão *temporal*, consubstanciada na necessidade de a informação ser prestada em momento apto a permitir um efetivo remanejamento da defesa técnica.[38]

O problema dos megaprocessos criminais reside na formulação de múltiplas imputações (em regra um crime associativo e variegados crimes-fim) contra dezenas ou centenas de acusados, deduzindo-as umas das outras em círculo vicioso de retroalimentação, ou induzidas a título de concurso moral com crimes imputados a corréus.

Assim, a tendência é que a acusação se utilize de vínculos sociais – de *amizade*, *familiares*, *funcionais*, *partidários*, *profissionais*, *societários* etc. – como fundamento *exclusivo* da imputação de delito associativo, em razão da dificuldade prática em se narrar, no bojo da peça inaugural acusatória, *conduta específica* de constituição de organização criminosa, ou de adesão à organização criminosa.

Assim, não raro o critério norteador da acusação é paradigma de responsabilidade penal *solidária por vínculo social*, o que fere de morte a cláusula pétrea da

38. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, pp. 89 e ss. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), da qual decorre a natureza personalíssima, subjetiva e intransferível da responsabilidade penal.

Assim, esse tipo de acusação viola os núcleos essenciais dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada e de defesa, pois a refutação empírica da imputação de crime associativo consiste em verdadeira *prova impossível* (*probatio diabolica*).

5. Conclusão

Ante o exposto, é lícito concluir que os megaprocessos criminais consistem em fenomenologia jurídico-processual que, malgrado recorrente no sistema de administração da justiça, ainda carece de formulação teórica mais consistente.

Nesse eito, se afigura preferível aproximação ao conceito de *megaprocesso criminal* à luz de suas origens históricas e características, pertencentes aos domínios da criminalidade organizada.

Assim, ao longo do texto foi apresentada proposta de aproximação conceitual – de natureza crítica e teleológica – de *megaprocesso criminal*: *processo empregado (ainda que não declaradamente) como instrumento de luta contra a criminalidade organizada, em contexto cultural de emergência e práticas judiciárias de exceção, no qual acusador e julgador têm conotação partidária e há imputação de multiplicidade de delitos (de cariz associativo e crimes-fim) à quantidade considerável de acusados.*

Portanto, a concepção política subjacente aos megaprocessos criminais é a *razão de Estado*, segundo a qual a função precípua e incondicional das ações governamentais é perpetuar o Estado e exacerbar seus poderes por *quaisquer* meios, *independentemente* de outros interesses ou necessidades, sociais ou individuais.

Essa ideia é incompatível com a jurisdição criminal do Estado de Direito, pois quando ela dá azo a megaprocesso criminal inexiste verdadeira *jurisdição* criminal – caracterizada pela *subordinação* dos fins políticos do Estado a meios juridicamente preestabelecidos – e sim arbítrio policial, repressão política ou regressão neoabsolutista do Estado a formas pré-modernas.[39]

Isso porque a razão jurídica do Estado Democrático de Direito só conhece *culpados* e *inocentes*, não *amigos* ou *inimigos*.

As garantias do processo penal devem ser levadas a sério, enquanto *meios* de alta carga axiológica que legitimam a jurisdição criminal do ponto de vista

39. FERRAJOLI, Op. cit., pp. 847 e ss.

ético-político, e não simples *técnicas*, motivo pelo qual sua violação casuística só pode ser considerada um fato *antijurídico*.[40]

O megaprocesso criminal, por ser *instrumento de combate ao fenômeno da criminalidade organizada*, em regra não permite verificação empírica da veracidade ou falsidade da narrativa fática da acusação, feita por terceiro imparcial e desinteressado no deslinde do caso penal.

Logo, a elefantíase processual penal deve ser considerada *disfuncional*, verdadeira *patologia* a ser evitada por medidas de política legislativa e judiciária.

Malgrado nenhum sistema normativo seja capaz, por si só, de *produzir* ou *impedir* megaprocessos criminais, ele pode conter dispositivos legais que favoreçam ou dificultem a patologia em digressão.

Esta última aparenta ser favorecida pela previsão de tipos penais abertos de cariz *associativo*, pela política criminal ou judiciária de emprego do processo penal como *instrumento de luta contra a criminalidade organizada* e pela ampliação/intepretação extensiva das hipóteses normativas de *conexão*.[41]

Assim, importante medida para minimizar o risco da degeneração de processos ordinários em megaprocessos criminais é reforma do sistema processual penal, à luz dos seguintes vetores de política legislativa: (i) número reduzido e taxativo de hipóteses normativas de *conexão* e *continência*; (ii) exclusão de *discricionariedade* judicial na determinação do julgamento criminal unificado; (iii) número ampliado e exemplificativo de hipóteses normativas de *separação* (obrigatória e facultativa) de processos, inclusive para fins de tutela de garantias processuais penais dos acusados; (iv) adoção do princípio do *favor separationis*.[42]

Outra possível solução é a substituição da *obrigatoriedade* pela *discricionariedade regrada* no ajuizamento da ação penal condenatória, a fim de se compatibilizar os limitados recursos humanos e materiais do sistema de administração da justiça criminal com a necessidade de persecução da criminalidade organizada.[43]

Políticas legislativas criminais não podem, no horizonte do Estado Democrático de Direito, ser pautadas *exclusivamente* por interesses direcionados ao incremento da eficiência da persecução da criminalidade organizada.

---

40. FERRAJOLI, Op. cit., p. 869.
41. FRIGO, Giuseppe. Op. cit., pp. 444-445.
42. Sobre a reunião ou separação de processos criminais no Direito Comparado, ver: MARAFIOTI, Luca. Aspetti del processo penale cumulativo: L'esperienza tedesca, francese ed inglese. *L'indice penale*, v. 22, n. 02, pp. 407-434. Padova, mai.-ago. 1988.
43. AMODIO, Ennio. Op. cit., p. 2.060.

Tal perspectiva político-criminal ignora importantes aspectos de cariz não utilitarista, relacionados aos densos valores éticos e *políticos* intrínsecos ao Processo Penal (v.g. a legalidade e moralidade da Administração Pública e seus agentes; a participação popular no sistema de administração da justiça penal etc.), os quais têm papel *constitutivo* da justiça substancial.[44]

6. Bibliografia

ALFONSO, Roberto. Introduzione: Il fenomeno del "penitismo" e il maxiprocesso. In: TINEBRA, Giovanni e outros (Orgs.). *Fenomenologia del maxiprocesso: Venti anni di esperienze*, pp. 01-13. Milano: Giuffrè, 2011.

AMODIO, Ennio. La patologia del maxiprocesso: Diagnosi e terapeutica. *Cassazione Penale*. Milano, v. 27, n. 01, pp. 2.056-2.060, 1987.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BROWN, Darryl. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*, n. 100, pp. 183-224. Charlottesville, 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo: B de f, 2008.

CORSO, Piermaria. Fenomenologia del "maxiprocesso". *L'indice penale*, n. 20, pp. 249-267. Roma, 1986.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e raggione: Teoria del garantismo penale*, 7. ed. Bari Laterza, 2002.

FORD, Stuart. Complexity and efficiency at international criminal courts. *Emory International Law Review*, n. 29, pp. 01-69. Atlanta, 2014.

FRIGO, Giuseppe. Compatibilità del maxiprocesso con le direttive per il nuovo Codice di Procedura Penale. *L'indice penale*, n. 21, pp. 425-445. Roma, 1987.

GAMBERINI, Alessandro. Lotta al crimine organizzato e ciclopi processuale: 'Riconoscibilità' dell'intervento guidiziario e 'praticabilità' della funzione difensiva. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 01, v. 04, pp. 63-74, 1986.

GIARDA, Angelo. La difesa tecnica dell'imputato: Diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione. In: GREVI, Vittorio (Org.). *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, pp. 62-81. Bologna: Zanichelli, 1977.

44. Nesse sentido: BROWN, Darryl. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*, n. 100, pp. 183-224. Charlottesville, 2014.

HEISE, Michael. Criminal case complexity: An empirical perspective. *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 01, pp. 331-369. Ithaca, jul. 2004.

JUDGE, Brendan. No easy solutions to the problem of criminal mega-trials. *Notre Dame Law Review*, n. 66, pp. 211-240. Notre Dame, 1990.

LORENZON, Geanluca. Corruption and the rule of law: How Brazil strengthened its legal system. In: *Cato Institute Policy Analysis*, n. 827, pp. 01-16, nov. 2017.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, pp. 143-186. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARAFIOTI, Luca. Simultaneus processus e mito del giudicato. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio: L'ereditá del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, pp. 187-196. Milano: Giuffrè, 2010.

MARAFIOTI, Luca. Aspetti del processo penale cumulativo: L'esperienza tedesca, francese ed inglese. *L'indice penale*, v. 22, n. 02, pp. 407-434. Padova, mai.-ago. 1988.

MARAFIOTI, Luca; FIORELLI, Giulia; PITTIRUTI, Marco. Maxiprocessi e processo "giusto". In: BARGI, Alfredo (Org.). *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, pp. 653-690. Torino: Giappichelli, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 04, pp. 110-125. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.

ORLANDI, Renzo. Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata). In: AA. VV. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, v. 2, pp. 545-580. Milano: Giuffrè, 2000.

PENNISSI, Angelo. La struttura del processo penale nel Codice de 1930 e successive modificazioni: La connessione dei reati; l'economia processuale; l'unitarietà della vicenda criminale; oggetto del processo. In: TINEBRA, Giovanni e outros (Orgs.). *Fenomenologia del maxiprocesso: Venti anni di esperienze*, pp. 61-65. Milano: Giuffrè, 2011.

PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SAAD, Marta. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de São Paulo (2007).

SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: Novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo: Escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*, pp. 311-329. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SCHNEIDER, Jan; SCHNEIDER, Peter. *Reversible destiny: Mafia, antimafia and the struggle for Palermo*. Berkeley: University of California Press, 2003.

SIRACUSANO, Delfino. Reati associativi e processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 40, n. 04, pp. 1.085-1.096. Milano, ott./dic. 1997.

STAJANO, Corrado. *Mafia: L'atto d'accusa dei guidici di Palermo*. Roma: Editori Riuniti, 1992.

TORON, Alberto. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, pp. 15-41. São Paulo: Ed. RT, ago. 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão – *RBCCrim* 133/133-171 (DTR\2017\1844); e
- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87-107 (DTR\2017\2542).

Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão

Resistence prerrogative: the advocacy which does not fear it's mission

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor pela Universidade Federico II – Napoli (ITA). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Advogado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).
ricardogloeckner@hotmail.com

Marco Antonio de Abreu Scapini

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS, 2018). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS, 2011). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS, 2009). Advogado.
marcoscapini@hotmail.com

Recebido em: 13.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do(a) autor(a): 15.06.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo é resultado de reflexões partilhadas entre os autores no que diz respeito às questões da atualidade que relacionam o autoritarismo, o processo penal e a advocacia criminal, especialmente desde a percepção da precarização das prerrogativas do advogado. Nesse sentido, por entenderem que as dimensões citadas estão imbricadas, busca-se uma certa contextualização da questão mais abrangente do autoritarismo e de como se dá o galope autoritário nos dias de hoje, de modo a demonstrar o impacto desse problema, que não atinge apenas a advocacia, mas é sobretudo político.

Abstract: The present article is the result of many reflections shared between the authors in respect with contemporary questions which relate authoritarianism, criminal procedure and the criminal lawyers practice, specifically through the precariousness of its professional prerogatives perception. In this sense, understanding that both dimensions are intertwined we intend to give some contextualization of the broader question of authoritarianism and how it develops its gallopade nowadays, in order to manifest its impact, which is not solely a criminal lawyers problem, but is also political. Criminal lawyers' weakening

A fragilização da advocacia faz parte, então, da estratégia autoritária que pretende despotencializar qualquer instrumento de resistência. Diante disso, a criminalização da advocacia é desdobramento e projeto dessa lógica. Por esse motivo, a segunda parte é dedicada a localizar e compreender certa genealogia dos ataques sofridos pela advocacia que culminam no processo de criminalização da atividade. O terceiro eixo, então, direciona o leitor para a demonstração desse processo de criminalização através da lavagem de dinheiro – que torna exemplificativo o galope autoritário, o que demanda um dever de resistência.

Palavras-chave: Autoritarismo – Advocacia criminal – Prerrogativas –Criminalização – Resistência.

is part of an authoritarian strategy which intends to deprive any instrument of resistance. So, the criminal lawyer's criminalization is the outspread and the project of this kind of logic. This is the reason why the second part of the text is dedicated to locate and understand certain "genealogy of the assaults" taken against criminal lawyer's which leads to the criminalization of the professional activity. The third axis, then, leads the reader to the conclusion that this criminalization procedure through money laundering makes exemplary the authoritarian gallopade, demanding a resistance duty.

Keywords: Authoritarianism – Criminal lawyers – Prerogatives – Criminalization – Resistance.

Sumário: 1. Introdução: crise, servidão voluntária e autoritarismo. 2. Criminalizar a Advocacia: um projeto inacabado. 2.1. Breve excurso pelos projetos de criminalização da advocacia criminal através da lavagem de dinheiro. 2.2. Lavagem de dinheiro, anticorrupção e financiamento ao terrorismo: uma lexicografia imperialista. 2.3. A criminalização da conduta de recebimento de honorários advocatícios "maculados": um duro golpe na advocacia criminal combativa. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

Que mesmo no momento mais sombrio
temos o direito de esperar alguma iluminação.
Hannah Arendt[1]

1. Introdução: crise, servidão voluntária e autoritarismo

O presente artigo nasce de uma angústia que não é recente. A começar pela necessidade de se manifestar em defesa da advocacia, mais especificamente das suas prerrogativas, em razão das ameaças não mais silenciosas ou dissimuladas, mas manifestamente declaradas que buscam a precarização da advocacia e do advogado. Além dos problemas efetivos que isso significa em termos práticos, há questões concretas para além do simbólico que fazem o tema das prerrogativas

1. ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 9.

ultrapassar a mera inquietação com a função ou com o trabalho exercido pela advocacia, ou ainda, com a suas garantias constitucionais.

Isso porque, o alcance e a incidência do problema do que aqui está em jogo é determinado, de algum modo, por aquilo que compreendemos por Estado Democrático de Direito e, por assim dizer, pela própria democracia, que nunca está em plena realização, tendo em vista ser algo cujos sentidos devem ser diariamente construídos, apesar das ameaças e dos riscos que assombram cada instante de decisão no curso da história. Nesse sentido, a angústia de se manifestar em defesa da advocacia não é simplesmente porque a advocacia, por si só, mereça atenção, mas sim porque é preciso defender todos os mecanismos de resistência disponíveis contra os avanços autoritários, que de forma cíclica aparecem ao longo dos séculos, e que nos tempos mais recentes assumem uma nova roupagem. É nesse sentido que tais movimentos antidemocráticos dissimulam, sob as vestes aparentemente técnicas de uma legislação destinada a "combater a corrupção", um processo de enfraquecimento, esgotamento e controle da advocacia criminal.

O fato de haver normas – sejam constitucionais ou infraconstitucionais – que estabeleçam diretrizes à advocacia em nada garante proteção ou imunidade contra esse processo anteriormente referido. Daí porque também é necessário ressaltar os equívocos da própria classe em nível institucional que, por inúmeras vezes, apoiou o incremento legislativo no campo criminal, ou seja, a criminalização de condutas e o aumento de penas, além de ter envidado seus esforços em favor de supostas "lutas anticorrupção"[2], responsáveis pelo desmantelamento de diversos projetos democráticos e que, contribuiu, na América Latina, para novas formas de embate político que recebem o nome de *lawfare*.

Como resultado, posicionou-se no lugar que não é o da defesa, assumindo protagonismo político e inclusive fazendo o papel de acusador, alimentando uma postura que se enquadraria naquela do populismo punitivo[3]. Como efeito reflexo de tal quadro, natural que esses processos de criminalização retornem sob as

2. Sobre o enfraquecimento em diversos níveis das democracias contemporâneas baseadas em supostas lutas anticorrupção e também no sentido de que a resposta penal é imensamente falha Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*: causes, consequences and reform. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016; DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The Hidden Order of Corruption*: an institutional approach. Burlington: Ashgate, 2012.

3. O populismo punitivo, para Pratt consiste na "perseguição de um conjunto de políticas públicas a fim de ganhar votos ao invés de reduzir o crime ou promover justiça" (tradução nossa) (PRATT, John. *Penal populism*. London: New York: Routledge, 2007. p. 3).

formas mais variadas: violação de prerrogativas – especialmente no âmbito criminal – interceptações telefônicas ilegais, dificuldades dos advogados de acesso aos seus representados, sobretudo em presídios, interceptações de conversas com clientes presos em presídios federais, isso sem falar das dificuldades encontradas no cotidiano.

De forma mais contundente, a proposta de enquadrar como espécie de lavagem de dinheiro o recebimento de honorários supostamente ilícitos confirma este cenário no qual há flagrante incentivo estatal em frear as atividades da advocacia criminal (em que pese o tipo penal não esgotar a sua aplicabilidade nesse campo da advocacia, atingindo outros segmentos).

Não se pode descurar que essas situações são incrementadas por certo olhar midiático que contamina uma visão social equivocada da advocacia como se fosse uma atividade vinculada à criminalidade ou à corrupção, para utilizar um jargão reinvestido pelo populismo punitivo na atualidade, o que reverbera também no campo judicial, sobretudo no que diz respeito ao processo penal, cada vez mais atacado, sobretudo pela jurisdição constitucional que acaba por mitigar direitos em nome da eficiência punitiva. A jurisprudência hegemônica consolidada pelos tribunais superiores e que correspondem ao fenômeno designado por Hirschl como "juristocracia"[4], consolidam um sistema de convalidação, legitimação e perpetuação de ilegalidades.

Para se ter ideia de como esse sistema prejudica um modelo protetivo de garantias basta tomar como exemplo as nulidades no processo penal, tratadas como obstáculo à celeridade processual e sistematicamente "relativizadas" pela jurisprudência dos tribunais superiores[5]. Nada obstante esse quadro, mesma jurisprudência tem sustentado sistêmicas violações às prerrogativas da advocacia, de maneira a confirmar um quadro de mal-estar e preocupação geral com a sorte do processo penal no futuro.

4. A expressão juristocracia corresponde a um fenômeno visível nas democracias ocidentais nas quais há uma espécie de "delegação" dos poderes anteriormente depositados no Poder Legislativo às Cortes Constitucionais. Esse o sentido aqui empregado e que corresponde ao desenvolvido por HIRSCHL, Ran. *Towards JURISTOCRACY*: the origins and consequences of the new constitucionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

5. Por relativização das nulidades tem-se o fenômeno de transformação, inclusive das nulidades absolutas, em uma espécie de nulidade relativa, convalidável, sujeita à preclusão e dependente da demonstração de prejuízo. Cf GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Diante desse contexto, é preciso responder, a fim de não apenas marcar uma posição em favor da necessidade da afirmação das prerrogativas da advocacia, mas também apontar as razões que fundamentam e atravessam as questões já referidas e que serão a seguir abordadas, de modo a desconstruir um imaginário artificialmente construído que trabalha para tornar ainda mais precária a advocacia (criminal), desestabilizando os pressupostos de todo e qualquer mecanismo de defesa, algo fundamental em qualquer democracia digna desse nome e que deve ter como base a presunção de inocência, o que significar dizer que o seu horizonte deveria ser de antemão construído em favor da liberdade e dos direitos e garantias fundamentais de todo o cidadão. Em sendo instrumento que deve necessariamente trabalhar na contramão do poder punitivo estatal, não é à toa que a advocacia se encontre ameaçada em diversas perspectivas, inclusive desde si mesma.

Dizer simplesmente que estamos diante de um período em que o autoritarismo se impõe pela violência e pela fragilização dos mecanismos de controle e resistência ao poder não é equivocado, mas ao mesmo tempo não é satisfatório. É preciso compreender as raízes dessa situação, inclusive elaborando o nosso mal-estar diante das promessas não cumpridas de uma herança que se formou desde a modernidade. Para Birman, "desde que La Boètie inventou e lançou ao mundo a expressão *servidão voluntária*, no século XVI, esta nunca mais nos abandonou e deixou em paz, funcionando como presença hierática e sempre enigmática que interpretava a condição humana"[6]. Embora aparentemente contraditória, a expressão cunhada por La Boètie[7] é precisa no que diz respeito à aporia que está no âmago do humano, motivo pelo qual a inquietação e a perturbação de tal expressão não deixa de cessar até a atualidade, exigindo o trabalho desse trauma e dessa intrigante situação que envolve tanto o ser como a existência humana.

O fato é que "a assunção radical desse enunciado e de seus desdobramentos inevitáveis colocava em cena os pressupostos éticos da condição humana"[8]. Ter em vista tal diagnóstico em torno dos pressupostos éticos da condição humana ajuda a compreender a fragilidade não apenas do humano, mas também de suas maquinarias, assim como a construção de formas de subjetivação que são conduzidas à

6. BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 19.

7. Cf. BOÈTIE, Étienne de la. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. Evelyn Tesche. São Paulo: Edipro, 2017.

8. BIRMAN, Joel. Op. cit., p. 19.

obediência voluntária. Nesse sentido, a interpelação realizada pelo filósofo francês no Século XVI ainda perdura. Assim, Birman afirma que:

> "Aquela provocava uma ferida que não se costurava jamais, perfurando pois a carne pela sua violência insofismável. Servidão Voluntária?! Se a materialidade bruta destas duas palavras têm o poder de nos revelar e evidenciar na nossa condição, isso se deve ao fato de que desde o Renascimento o Ocidente se forjou numa espécie de mistura inextrincável a presença com a ameaça da servidão voluntária. Por isso nos envergonhamos ao sermos defrontados com esta expressão, já que revela efetivamente nossa condição antropológica"[9].

A conquista, por assim dizer, da ruptura com os modelos de Estado absolutistas e de certo aprisionamento teológico que deveria significar a liberdade do humano, acabou por deslocar o registro da servidão do involuntário para o voluntário. Além disso, com a transformação da arquitetura do poder, o próprio registro político se restabelece de modo a contaminar o que poderia significar uma espécie de libertação humana das amarras dos instrumentos que a mantinham na condição servil.

Embora breve a exposição que estamos realizando, é possível perceber a complexa relação que se dá entre a liberdade e a servidão desde esse enunciado da *servidão voluntária*. A prometida liberdade acabou não se realizando, de certo modo se trata de um projeto arruinado, apesar de todos os esforços filosóficos da época em torno do exercício da liberdade e de seu domínio da história. Mas não foi o que tivemos, tanto é verdade que "a construção da democracia no século XIX nos revelou que as coisas não funcionaram bem assim, não existindo nenhuma linearidade entre os projetos utópicos dos filósofos e a assunção das liberdades pelos cidadãos no espaço social"[10].

Nesse sentido, a questão propriamente dita da servidão voluntária permanece tão atual que nos impõe a necessidade da reflexão engajada desde uma crítica que tenha como finalidade desconstruir as bases dessa paradoxal situação, na medida em que quanto mais temos tecnologia e conhecimento para a emancipação, mais mergulhados estamos na condição de servos de nossos próprios projetos. Não por acaso, "a dita servidão voluntária continuou o seu galope triunfante sobre o mundo, ocupando novos territórios reais e imaginários no Ocidente, conquistando assim, corações e mentes de maneira insofismável"[11]. Das mais tormentosas questões

9. Ibidem, p. 19-20.
10. Ibidem, p. 23.
11. Ibidem, p. 23.

da atualidade nos mais diversos espectros da realidade, mesmo que a temática aqui seja mais jurídica, a pertinência e a dimensão do que está em jogo atravessa a política e, portanto, o jurídico, desde as suas profundezas, pois diz respeito ao viver, ao modo de viver propriamente dito. Foi o que engajou também as questões lançadas por La Boètie que, embora pretendesse entender o lugar da monarquia entre as repúblicas, traçou em seu horizonte a tentativa de "compreender como é possível que tantos homens, tantos burgos, tantas cidades, tantas nações tolerem, por vezes, um tirano sozinho, cujo único poder é aquele que lhe conferem; cujo poder de lesá-los depende apenas da vontade de quem têm de tolerá-lo"[12].

O galope do que se chama aqui servidão, já com contornos de (pós) moderno e com aparato tecnológico cada vez mais impositivo, segue triunfando, talvez com uma mesma estratégia de captação de súditos dóceis – de consciência e de corpo – e que, por uma imposição de medo, espectralmente disseminado, ao invés de questioná-lo, acabam por investir as suas energias de modo a reforçar a condição de servidão. O que significa que devemos seguir os rastos de La Boétie, de modo a entender o lugar da tirania hoje, que podemos traduzir por obscurantismo ou fascismo, sendo que a questão mesma diz respeito ao galope autoritário dos nossos dias.

Trata-se de trabalho de memória. Mesmo que existam esforços, inclusive institucionais, para degenerar a memória e, portanto, fazer incidir o esquecimento da violência de nossa própria instituição e da história, referimo-nos aqui às violências inconfessáveis da ditadura brasileira, ao genocídio indígena e ao assassinato das línguas preexistentes, viveremos com os assombros dos traumas não elaborados e com a ressignificação dessas violências em formas sempre atualizadas, mas não novas. Para Freud:

> "Desde que superamos o erro de achar que nosso habitual esquecimento significa uma passagem do traço mnemônico, tendemos à suposição contrária de que na vida psíquica nada que uma vez se formou pode acabar, de que tudo é preservado de alguma maneira e pode ser trazido novamente à luz em circunstâncias adequadas"[13].

As experiências, portanto, preservam-se enquanto registro (inconsciente), permitindo a realização de um trabalho de arquivo, apesar das tentativas de

12. BOÉTIE, Étienne de la. Op. cit., p. 34.

13. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. In: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 20.

apagamento e esquecimento da memória. Não por outra razão, o autoritarismo evoca uma ferocidade contra a cultura e a memória ética, que devem resistir ao galope autoritário, apesar das inúmeras tentativas de precarização de tudo o que pode significar uma instância de obstáculo ao poder. Os casos recentes do governo brasileiro, seja de indiferença ao trágico incêndio do Museu Nacional, bem como da decisão política de externar o absoluto descaso com as disciplinas da filosofia e da sociologia, bem como corte drástico das verbas destinadas à educação, demonstram a estratégica perversa de quem vê no pensamento um inimigo de Estado. Não se trata simplesmente de recusar o pensamento, mas sim de tentar aniquilar o que se construiu com extrema dificuldade e, além disso, impossibilitar os frutos que a educação de um modo geral pode gerar. Assim, o que se busca é fortalecimento das condições que facilitam o triunfo autoritário.

O ataque ao pensamento, nesse sentido, diz respeito ao projeto de assujeitamento como forma de governo. O assujeitado, além de não contestar a ordem vigente, investirá as suas energias fortalecendo a máquina autoritária. Gritará por liberdade com o mantra da segurança, demandará por mais controle policial e eficiência punitiva sem perceber que são os seus direitos que serão precarizados, terá na diferença o delírio paranoico de um inimigo, será indiferente à toda e qualquer forma de violência, pois não consegue perceber a bolha imaginária dos *mass media* que está aprisionado. Trata-se da expressão mesma da prisão ao ar livre que certa vez denunciou Adorno. Entre qualquer possibilidade de emancipação, o assujeitado com a sua consciência deteriorada escolherá não correr o risco de mudar o rumo dos acontecimentos, pois teme desesperadamente o novo. Sequer consegue imaginar uma forma de vida para além das representações que lhe são previamente dadas, reconhecendo apenas o que lhe é familiar, tendo como facilitada a satisfação da sua agressividade em grupo de idênticos, que Freud denominou "narcisismo das pequenas diferenças"[14].

Nesse cenário, a lógica da identidade se impõe mesmo que artificialmente, assim como a autoridade soberana, estabelecendo nas relações humanas a hostilidade como regra, sendo esse grande perigo da atualidade, mas já diagnosticado por Freud quando referia a "miséria psicológica da massa"[15]. Desse modo, não parece equivocado apontar que o Estado se funda pela violência inconfessável e degenera as subjetividades de modo a fazer com que elas mesmas, através das suas pulsões libidinais, sobretudo a agressividade e a pulsão de morte, alimentem o autoritarismo cada vez mais hostil, distanciando ainda mais o desejo de felicidade. Além

14. Ibidem, p. 81.

15. Ibidem, p. 83.

disso, a evolução tecnológica impõe um alerta cada vez mais eminente, na medida em que facilita e abre caminhos para o desenvolvimento da agressividade e autodestruição do humano, o que era uma questão decisiva para Freud[16].

As fontes, portanto, do autoritarismo encontram-se no âmago do próprio humano, perpetuando-se por mecanismos artificiais que constroem a sujeição, sobretudo através da circulação do medo como afeto político hegemônico, o que faz demandar a necessidade de proteção, sendo esta a "ambivalência fundadora dos processos de sujeição e dependência, já que me faz depender daquele que se alimenta do medo, que ele mesmo relembra, de poder perdê-lo"[17]. Assim funciona o autoritarismo, pois tem no medo o pilar de sua instauração e o combustível de sua perpetuação.

Não por outro motivo, quanto maior a desagregação dos laços sociais, potencializada pelas imagens construídas para reforçar esse afeto através dos meios de comunicação, bem como pelo próprio modelo capitalista que regula não apenas as relações de mercado, mas a própria vida psíquica das pessoas, maior será a força de lei da autoridade, ao passo que alimenta o imaginário e a fantasia social por cuidado, numa lógica pastoral de rebanho que implica abrir mão, ou deixar de lutar por liberdade, aceitando passivamente uma condição de sujeição. A gramática da sujeição é imposta pelo autoritarismo desde uma aliança entre governo e mercado, ambos alinhados em direção a esse processo de assujeitamento, motivo pelo qual "o que chamam de 'crise' é na verdade, um modo de governar as pessoas"[18].

Por outro lado, é preciso certa sutileza para entender o que aqui está sendo dito. Que estamos em crise, isso é difícil negar tendo em vista a realidade que se mostra perante nós. Todavia, a crise aqui como forma de governo é projeto e, nesse sentido, projeto autoritário. Se o Século XX se afirmou como o momento histórico da hegemonia da técnica, de um certo império da técnica sobre o real, precisamos agir criticamente de modo a resgatar a força das disciplinas *humanas*,

16. Para Freud: "A questão decisiva para a espécie humana é saber se, e em que medida, a sua evolução cultural poderá controlar as perturbações trazidas à vida em comum pelos instintos humanos de agressão e autodestruição. Precisamente quanto a isso a época de hoje merecerá talvez um interesse especial. Atualmente os seres humanos atingiram um tal controle das forças da natureza, que não lhes é difícil recorrerem a ela para e exterminarem até o último homem. Eles sabem disso; daí, em boa parte, o seu atual desassossego, sua infelicidade, seu medo" (Ibidem, p. 122).

17. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos*: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 79.

18. CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 201. p. 16.

que atualmente sofrem ataques e tentativas de desqualificação como se não fossem mais pertinentes, isso tudo com o equívoco intencional ou por ignorância, na medida em que toda ciência é propriamente humana e, portanto, "ciência sem consciência é uma contradição suicida"[19], sendo o próprio século XX o testemunho dessa contradição e cujas barbáries são a prova de sua concretude.

Por essa razão, a percepção da crise não pode ser meramente negativa, pois *crise*, em sua etimologia, nos envia para um instante em que é preciso decidir sobre algo, sobretudo quando a urgência nos impõe o tremor dessa necessidade, mas é isso, justamente, que permite romper com lógica e a hegemonia no presente, discernindo sobre a realidade e as dissimulações existentes para a construção de algo que vem dessa tomada de decisão. Assim, "ao percebermos apenas o lado 'negativo' da crise, *fugimos das chances de superação de nossos medos e problemas através da conscientização do sentido da crise,* porque, mal-entendendo, julgamos que estas chances sejam pura destrutividade"[20].

A compreensão do sentido da crise somente pode vir com o trabalho do resgate de uma dimensão fundamental que é a ética e, portanto, da responsabilidade por outrem, desconstruindo toda e qualquer lógica individualista, proveniente de uma racionalidade meramente instrumental que permite a objetificação do outro, que ao final será o fundamento de uma política fascista, ressaltando que "os mecanismos da política fascista apoiam-se uns nos outros, tecendo um mito de diferenciação entre 'nós' e 'eles'"[21].

Responder ao enigma da servidão voluntária é um passo importante para a mudança dessa lógica e do rumo dos acontecimentos. Somos herdeiros dessa cultura autoritária e precisamos responder a ela, decidir aceitar ou não, na dupla injunção que nos cabe enquanto legatários da história. Aí está toda a nossa responsabilidade, decidir qual é a herança que nos convoca. Nesse sentido, dizia La Boètie, "não há herdeiro tão prodigo e indiferente que não examine alguma vez o inventário de seu pai para ver se goza todos os direitos de sua sucessão e se nada usurparam dele ou de seu predecessor"[22]. Não há futuro sem esse trabalho de inventário, pois é pela herança que devemos pensar a vida.

19. SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento*: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 38.
20. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido*: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 31.
21. STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo*: a política "nós" e "eles". Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 178.
22. LA BOÉTIE, Étienne. Op. cit., p. 49.

Se deixamos até aqui em suspenso o tema das prerrogativas, ao menos num sentido que possa ser entendido como direto, pois talvez se esperasse uma abordagem sobre os dispositivos legais que regulam a atividade e os direitos da advocacia, foi para mostrar que nada está isolado em fronteiras seguras, nem mesmo o campo jurídico. Por essa razão, não haveria outro caminho nesse momento, que não o de certa obliquidade como estratégia, valendo-se da precariedade das coisas para construção de um caminho em direção à justiça. Todo o avanço do direito exige uma retomada dos seus próprios fundamentos, ou seja, de como haviam sido prometidos e calculados. O retorno aos fundamentos é uma forma de melhor entender, inclusive, o seu próprio papel na atualidade. Qual o papel da advocacia hoje?

Diante do atual cenário, de um autoritarismo galopante que vocifera e devora o que um dia se denominou Estado de Direito[23], não se pode esperar outra coisa, senão que a prerrogativa seja de resistência ao autoritarismo. Desde o legado de tantos homens e mulheres que lutaram e deram as suas vidas pelas causas da justiça e da democracia em tempos também totalitários, a decisão deve ser pela escolha dessa herança. É essa a herança que fundamenta a ética da própria atividade, a própria possibilidade dessa atividade se deu em razão do sangue dessas pessoas que morreram por uma esperança. Se o advogado é indispensável à justiça, que se empenhe para fazer justiça à expectativa que um dia se depositou nessa atividade.

Não basta apenas lutar pela classe e por suas prerrogativas formais, é preciso ir além, assumir a responsabilidade frente à realidade que está aí, ameaçando a todos. Antes de ser advogado, todo advogado é um sujeito político (no sentido ético que a palavra deve assumir) e, portanto, deve assumir uma responsabilidade hiperbólica. A precarização da advocacia é mero desdobramento de uma precarização maior em relação ao Estado Democrático de Direito, cuja estratégia é construída desde a própria fundação pela estrutura ameaçadora do próprio direito. Dito isso, devemos considerar a precariedade, inclusive, da diferença que se costuma estabelecer entre Estado autoritário e Estado democrático. A exemplificação de como é pueril essa diferença está na quantidade de mortes e assassinatos atualmente. Podemos ter segurança sobre um conceito de guerra? Ou mesmo sobre um conceito de terrorismo? Essas questões deverão ficar em suspenso, como assombro de uma guerra que já vivemos e deveremos enfrentar. Pela precariedade das fronteiras, trata-se de uma guerra que perpassa campo

23. Cf. DERRIDA, Jacques. *O soberano bem*. Trad. Fernanda Bernardo. Braga: Palimage Editores, 2004. p. 79.

jurídico, uma guerra também entre heranças e, portanto, espectral. E isso que atinge diretamente a advocacia, na medida em que, por exemplo, o campo criminal é absolutamente contaminado por uma genealogia autoritária, tendo sido recepcionados os pensamentos e os instrumentos jurídicos próprios do fascismo[24]. Enfrentar o autoritarismo a qualquer custo, não pode ser outra a missão da advocacia nesses tempos sombrios.

2. Criminalizar a advocacia: um projeto inacabado

No campo da história das práticas punitivas, o papel reservado ao advogado permite indicar, claramente, as expressões do político a governar a sua atividade. Isso significa dizer que não é de se surpreender que em períodos antidemocráticos, a função da advocacia seja alocada, quase como que num passe de mágica, na fronteira da (i)legalidade. A advocacia criminal em tempos autoritários constitui-se como a mais difícil e não menos importante tarefa a ser exercida em tais períodos, exigindo esforço hercúleo desses profissionais. Vale dizer, inclusive, que certa marca caricatural atribuída à advocacia criminal desde o exterior – especialmente desde o imaginário popular –, e associada aos criminosos, marca profundamente diversos episódios históricos. Como exemplo, basta mencionar o advogado francês Jacques Vergès, que se tornou famoso pela defesa de criminosos de guerra, personagem duramente criticado por ter a coragem de defender pessoas consideradas "indefensáveis". No Brasil, o advogado criminalista no famoso julgamento do casal Nardoni, Roberto Podval fora agredido no intervalo de uma das sessões tribunal do júri em 2010. A associação entre o advogado criminalista e o próprio defendente se constitui como algo quiçá naturalizado no imaginário coletivo, o que explica como as mudanças políticas atingem diretamente a classe.

A instituição do tribunal do júri, celebrada por muitos intelectuais como uma das mais felizes expressões de um sistema acusatório, historicamente se consolidou a partir do momento da admissão do advogado para atuar em defesa do acusado. Inclusive esta é a tese do importante estudo conduzido por John Langbein sobre o tribunal do júri inglês, berço de todas as demais variações desse modelo de procedimento[25]. Portanto, na origem do sistema adversarial – considerado

24. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

25. "A tese central deste livro é que a decisão dos juízes de permitir ao defensor assistir ao acusado foi a responsável por mudanças complexas nas práticas acusatórias,

como um processo efetivamente de partes – está a figura do advogado como elemento essencial na configuração de um sistema no qual existe uma distribuição equitativa de poderes processuais.

Por outro lado, a história é ainda mais fértil em demonstrar as diversas fórmulas utilizadas para constranger a advocacia, assegurando procedimentos nos quais os poderes processuais se concentraram nas mãos de poucos (juízes, promotores e chefes de polícia). Durante a inquisição, a figura do defensor se encontrava submersa em um modelo no qual a defesa desempenhava papel meramente acessório[26]. Inclusive, em determinados casos, como a acusação de prática de magia, a defesa era proibida[27]. Veja-se, portanto, que o modelo acusatório somente pode partir do pressuposto de que existem mecanismos de defesa capazes de equilibrar o sistema de poderes e contrapoderes.

Modelos nos quais a figura do advogado se erige em uma espécie de "inimigo coletivo" também podem ser encontrados no Século XX. Os câmbios históricos em direção a regimes autoritários ou formas antidemocráticas de práticas punitivas no início daquele século conviveram (e ainda convivem) com restrições à advocacia criminal, em muitas oportunidades sofrendo com intervenções estatais que lhe empurravam para fora da arena. Para se ter notícia dessa afirmação basta uma análise sobre a advocacia italiana no período do regime de Mussolini.

Durante o período fascista, os advogados, como profissionais liberais, sofreram fortes ataques. No campo econômico, por conta da expansão do "Estado Corporativo" os escritórios de advocacia passaram a conviver com uma recolocação das funções do advogado no cerne de uma "função estatal". Assim, além da expansão de escritórios subsidiados pelo Estado, com perda significativa de renda, os advogados foram obrigados a seguir a cartilha governamental. Todavia, os principais ataques à classe advieram desde o plano político, que mobilizou uma

especialmente em Londres e seus arredores" (tradução nossa) (LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 4).

26. "Lo más cierto es lo siguiente: no es lícito abogar en ningún modo, ni en causa ninguna por un hereje notorio; empero cuando es todavía dudoso el delito de herejía, no estando aún convicto el acusado ni por declaraciones de testigos ni por otra prueba legal, puede el abogado con anuencia y autorización de la inquisición alegar en defensa del reo, haciendo juramento de que abandonará la causa así que se pruebe que es hereje su cliente, y esta es la loable práctica de todos los tribunales de la inquisición" (EYMERICO, Nicolao. *Manual de inquisidores*. Mompeller: Feliz Aviñon, 1821. p. 29-30).

27. VON LANGENFELD, Friedrich Spee. *Cautio criminalis*: or a book on witch trials. Charlottesville: London: Virginia University Press, 2003. p. 58-59.

campanha contra os advogados relativamente a seu pertencimento a um segmento tido como fortemente "liberal".

Os partidários mais radicais do regime, como Sergio Panunzio, caracterizavam os advogados como "fósseis sociais"[28], devido ao fato de que no Estado fascista todas as ideias liberais estariam "mortas nos campos político e econômico". Durante o período, nasceu a ideia de tornar a advocacia dependente do regime, ou seja, de profissionais "semiempregados"[29]. Da antítese entre a concepção liberal do advogado como "defensor do indivíduo" e das necessidades de constranger o advogado para que obedecesse aos ditames do regime fascista cunhou-se a famosa expressão (que aparece indiretamente na Constituição da República Brasileira), de que a advocacia exerce funções sociais[30].

Seja como for, a linguagem utilizada pelo regime italiano suprimiu as expressões "profissionais liberais" ou "livres profissionais". Como acentua Meniconi, não se tratava apenas de uma inadequação linguística. Os profissionais "intelectuais" deveriam ser postos sob vínculos estatais, da forma mais absoluta e autoritária[31]. O governo de Mussolini combateu veementemente não apenas uma classe considerada "liberal", mas tratou de subordiná-la desde questões mais duras como a reorganização profissional do trabalhador autônomo.

De acordo com Gabriele Turi, as reformas da legislação profissional que ocorreram entre os anos de 1926 e 1933 na Itália foram uma das mais agudas tentativas de disciplinamento social, de neutralização política e de enquadramento institucional ativadas na área dos profissionais liberais[32]. A função de mediação política exercida pelos advogados da época liberal logo encontrou obstáculo no regime autoritário fascista, que não podia aceitar uma ideia de representação – ainda que fosse técnica – diversa daquela do Estado-partido. O Estado fascista

28. PANUNZIO, Sergio. L'Assistenza e il "problema" delle professioni. *Assistenza Fascista*, Roma, ano II, v. 3, s.d. p. 163.

29. Expressão utilizada por ZANOBINI, G. L'Esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici. In: ORLANDO, Vittorio Emmanuelle. *Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Società Editrice Libraria, 1935. v. II. parte III. p. 335- 682.

30. OLGIATI, Vittorio. Il Diritto "in movimento" e l'attegiamento degli operatori del diritto durante il fascismo. In: OLGIATI, Vittorio. *Saggi sulla avvocatura*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 47-93.

31. MENICONI, Antonella. *La "maschia avvocatura"*: istituzioni e professione forense in época fascista. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 16.

32. TURI, Gabriele. Fascismo e Cultura: ieri e oggi. In: DEL BOCA, A.; LEGNANI, L.; ROSSI, M. G. *Il Regime Fascista*: storia e storiografia. Bari: Laterza, 1995. p. 544.

considerava os advogados "adversários indomáveis", seja pela resistência de numerosos expoentes da classe, seja porque a única tribuna que se mantinha alheia às represálias políticas era aquela do foro[33].

Do ponto de vista da atividade da advocacia, o Código de Processo Penal italiano de 1930 tratou do advogado e de suas intervenções, facultando ao magistrado suspender as intervenções, quando extrapolassem aquilo que o magistrado considerasse adequado. Em realidade, a possibilidade de cassar a palavra do advogado é justificada como uma espécie de "poder de polícia" do magistrado e que tinha como ponto de sustentação evitar que o advogado usasse a tribuna como um elemento de comunicação à opinião pública. Como destaca Meniconi, nesse período a ordem dos advogados se revelava mais conservadora do que a própria legislação, não apenas apoiando tais poderes conferidos ao magistrado, mas também sustentando uma espécie de "mortificação do papel do advogado no processo"[34].

No cenário histórico brasileiro, diversas obras têm destacado o papel exercido pelos advogados no período da ditadura militar[35]. As estratégias de contenção da advocacia criminal no período ditatorial brasileiro foram as mais variadas. Desde prisões políticas até mesmo a perseguições internas dentro da própria advocacia. O encerramento da ditadura no Brasil, contudo, e mais especialmente um pensamento que tem produzido efeitos há cerca de pouco mais de uma década trouxe estratégias diversas de contenção da advocacia criminal. Tais estratégias já não recorrem diretamente – ao menos não no nível declarado – ao emprego de restrições legais ao desempenho da função, como a subordinação econômica. Quiçá a tentativa que vem sendo construída e busca ser concretizada há mais de uma década tenha sido a criminalização primária desses profissionais através do recurso à criação de um tipo específico de lavagem de dinheiro diretamente vinculado à advocacia criminal.

33. BERLINGUER, Mario. *La crisi della giustizia nel regime fascista*. Roma: Migliaresi, 1944. p. 14.

34. MENICONI, Antonella. *La "maschia avvocatura"*: istituzioni e professione forense in época fascista. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 17.

35. Cf. SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013; SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. *Os advogados e a Ditadura de 1964*. Rio de Janeiro: Editora da PUCRJ, 2010; PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão*. São Paulo: Paz e Terra, 2010; RECONDO, Felipe. *Tanques e togas*: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

2.1. Breve excurso pelos projetos de criminalização da advocacia criminal através da lavagem de dinheiro

Se por um lado o projeto de criminalização da advocacia criminal através da lavagem de dinheiro não é tão recente assim, por outro lado se torna cada vez mais fácil identificar, através de uma análise conjuntural deste período político experimentado pelo Brasil, um projeto que visa, assim como exemplificado na menção ao período fascista italiano, "domesticar" ou ameaçar a classe.

Como mais adiante será analisado, trata-se de um projeto injustificado de ameaça penal dirigido exclusivamente aos advogados, deixando indenes diversos profissionais que também poderiam, em tese, receber valores oriundos de atividades aparentemente criminosas. Além do mais, o projeto atual cumpre funções declaradamente políticas, pois mira somente em um determinado profissional liberal, deixando livres outros tantos profissionais para receber valores de "origem ilegal", o que caracteriza uma espécie de seletividade politicamente orientada. Nesse quadro, a criminalização de um tipo específico de lavagem de dinheiro para o recebimento de honorários é manifestamente incapaz de ser sustentada desde o plano dos fundamentos da tipificação. Qual o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro? Por que tal bem jurídico, em determinadas situações, poderia ser apenas violado por uma classe profissional? Se respostas minimamente convincentes não podem ser encontradas no campo do discurso jurídico-penal, à evidência, portanto, que o processo de criminalização é politicamente orientado, sem sequer se preocupar em tecer orientações e justificativas desde a política criminal. Esse processo de criminalização primária encontra suas razões de ser em distintos níveis.

Em primeiro lugar, enfraquecer a classe e tornar processos criminais mais fáceis de gerir corresponde à conjugação de dois elementos fundamentais: o avanço e o emprego da racionalidade neoliberal no campo da governamentalidade; e o repressivismo e revanchismo que se estruturam como pautas políticas de ocasião, advindos especialmente de uma conjunção de esforços dos meios de comunicação social e também dos ativismos protagonizados por instituições como o Ministério Público e a Magistratura, que se arvoraram em plataformas discursivas de controle da moralidade.

Tem-se, nesse espectro, que o casamento das racionalidades neoliberais com a cultura clientelista e repressivista dominam não apenas a opinião pública. Ao lado delas têm se apresentado instituições que se dizem representantes de uma democracia ética e que são hoje as protagonistas no desmanche dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República (papel reservado ao

Ministério Público e à magistratura especialmente). A criminalização da advocacia, neste período, vem encadeada nas propostas de lutas anticorrupção, fenômeno que *lato sensu* corresponde a um revanchismo da elite e que conduziu os resultados de transformação estrutural do processo penal brasileiro a um jogo de delatores. Eis o legado da Lava-Jato. Esse revestimento pseudodemocrático é ainda mais problemático porque provoca a coalização de setores aparentemente dissociados como a Magistratura e o Ministério Público de um lado, e a opinião pública de outro. E, nessa coalização, a defesa das garantias processuais, tradicionalmente a cargo dos advogados criminalistas, se vê em meio de uma inversão simbólica e perigosa, reduzindo a complexidade dos jogos sociais a uma equação simples e eficiente: há que se começar a investigar e processar os advogados criminalistas, que acabam se locupletando ou enriquecendo com valores oriundos de atividades ilícitas.

Em defesa de uma moralidade de conveniência, é de se esperar que os esforços pela precarização da classe sejam sentidos em nível legislativo, como é o caso a seguir narrado. Contudo, há que se compreender que o perigo é de fato real, especialmente pelo contexto de uma virada política autoritária, subsidiada pelo sentimento generalizado de que o alvo da operação Lava-Jato teria sido de fato a corrupção e não uma estratégia política em si. Nesse panorama, torna-se fácil deslocar o problema para os escritórios de advocacia, que dariam suporte à criminalidade. Aliás, a desobediência às prerrogativas profissionais da classe já ocorre cotidianamente através de muitos casos ainda isolados, mas particularmente adjuntos ao "combate à corrupção".

Apenas como exemplos em tantos outros casos passíveis de serem citados, basta analisar-se a quebra do sigilo bancário do advogado Mariz de Oliveira, procurador do ex-presidente da República Michel Temer e da busca e apreensão realizada no escritório do advogado Zanone Manuel de Oliveira (procurador do suspeito de atentar contra a vida do hoje presidente Jair Bolsonaro, Adélio Bispo de Oliveira)[36]. Portanto, o último projeto que aparece nessa cronologia não é novo em sua substância, mas se insere em um contexto no qual jamais apareceram tantas razões de ordem política para a sua aprovação. Vamos aos projetos.

Em 2003 o deputado federal Alberto Fraga apresentou o Projeto de Lei 577/03 (PMDB-DF), que tinha por escopo acrescentar o art. 6º-A à Lei 9.613/98, disciplinando que o réu deveria comprovar ao juiz a origem lícita dos valores pagos

36. O Tribunal Regional da 1ª Região reconheceu a violação das prerrogativas profissionais do advogado. Mas vale lembrar que a decisão foi autorizada por um magistrado de primeiro grau.

a título de honorários advocatícios. Na exposição de motivos, tal projeto indica que o objetivo da lei seria "salvaguardar o profissional honesto", exigindo do acusado a demonstração da licitude dos valores pagos a título de honorários. Para além, como fundamentação da referida lei, alude o autor do projeto que "denúncias de que um pequeno número de maus advogados vem se valendo da função de defensor para 'lavar' dinheiro oriundo de atividades criminosas é preocupante".

Outro projeto que pode ser referido e colocado no mesmo cenário é de n. 712/03, apresentado pelo Bispo Wanderwal (PL-SP), que tinha por escopo alterar o Estatuto da Ordem dos Advogados, reformando os artigos 34, 37 e 38 da Lei 8.906/94. Assim, seriam incluídas como fatores impeditivos do exercício da advocacia "solicitar ou receber de constituinte importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, a título de honorários advocatícios", bem como "deixar de comunicar à autoridade competente, para efeito de designação de Defensor Público, a impossibilidade de patrocínio da causa, a fim de não incorrer na infração do inciso XXX deste artigo". No campo da exposição de motivos, o projeto de lei parte da premissa de que "meios de comunicação" noticiaram que a advogada de Fernandinho Beira-Mar teria recebido valores a título de honorários provenientes do narcotráfico. Dessa maneira, a entrevista concedida pela advogada "teve grande repercussão e causou indignação na sociedade e entre as autoridades constituídas". O autor do projeto sustenta que o advogado deveria se abster de atuar em tais casos, determinando-se – o que é o objetivo da lei – punições disciplinares para os casos de descumprimento do Estatuto da OAB.

Ainda em 2003 foi apresentado o Projeto de Lei 596/03, do deputado Luiz Antonio Fleury (PTB-SP), cujo objeto seria alterar o Código de Processo Penal, acrescendo o § 2º ao art. 263. Como resultado desse dispositivo, o acusado em crime organizado, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crime hediondo deverá demonstrar a origem lícita dos valores pagos como honorários advocatícios. Além disso, o projeto propunha a criminalização expressa do advogado que recebesse tais valores como crime de receptação (art. 180, § 7º, do Código Penal), que ficaria assim: "aplica-se a pena do § 1º ao advogado que receber honorários sabendo que os recursos necessários para pagá-lo foram obtidos mediante a prática de crime organizado, tráfico de drogas, bem como os previstos na Lei 8.072, de 25 de julho de 1990". Talvez a exposição de motivos deste projeto exponha mais do que qualquer outro a desfaçatez que o imanta. A justificação é simbólica, pois elenca a classe advocatícia como uma espécie de serviçal de criminosos, quando afirma: "todos os dias presenciamos os esforços dos agentes de repressão para combater os criminosos, cada vez mais especializados e nos sentimos frustrados quando, em poucas horas, estes mesmos bandidos são postos em liberdade pela

enorme gama de advogados à sua disposição". O objetivo do projeto, então, seria dificultar que "bandidos de alta periculosidade" disponham de "dezenas de advogados" incumbidos de mantê-los livres para que possam continuar praticando crimes. Assim como em outros projetos de lei, a justificativa afirma não ser contrária à ampla defesa dos acusados, mas diz: "não concordamos que os advogados sejam custeados com dinheiro proveniente do crime organizado, do narcotráfico, do sequestro, da extorsão ou do caixa-dois". Por fim, a justificativa da lei ainda faz menção à entrevista da advogada de Fernandinho Beira-Mar como exemplo desse cenário que se visava combater através do projeto de lei.

Novamente no ano de 2003 tem-se novo Projeto de Lei, o de n. 866/03, de autoria do deputado federal André Luiz (PMDB-RJ). A proposta do projeto era de que os indiciados por crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia (art. 5º, VLII, da Constituição da República) deveriam ser obrigatoriamente assistidos por defensores públicos. Excetuam-se os casos de indiciados assalariados ou que comprovem a origem lícita de seu patrimônio através das últimas declarações do imposto de renda. O projeto também limita que terceiros possam assumir a responsabilidade contratual de adimplemento dos honorários advocatícios. Em sua justificativa, o projeto repete a sistemática dos anteriores, afirmando que "os indiciados por crimes hediondos, incluindo narcotraficantes, têm suas defesas patrocinadas por advogados de renome que, muitas vezes, por puro mercantilismo, avançam contra seu próprio conceito, visando justificar o injustificável, em prejuízo da sociedade".

Já no ano de 2005 tem-se nova proposta. Dessa vez o Projeto de Lei 6413/05, de autoria do Senador Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA) propunha uma alteração no Código de Processo Penal. O projeto de lei acrescentaria o art. 269-A ao CPP, introduzindo a obrigatoriedade do defensor dativo nos seguintes crimes: a) associação ou organização criminosa; b) tráfico ilícito de entorpecentes; c) lavagem de dinheiro; d) crimes contra a economia popular; e) crimes contra o sistema financeiro nacional; f) crimes contra a administração pública que resultassem em prejuízo aos cofres públicos. Em seu parágrafo único, o dispositivo afirmava que seria admissível a contratação, nesses casos, de advogado particular, desde que comprovada pelo acusado a origem lícita dos valores, sejam eles próprios ou de terceiros. Trata-se de projeto de lei desprovido de justificativa.

Ainda em 2005 pode-se encontrar o Projeto de Lei 5562/2005, de autoria do Deputado Federal Capitão Wayne (PSDB-GO), que buscava novamente acrescer o dispositivo 6º-A à Lei de Lavagem de Dinheiro. Esse dispositivo indicava que o acusado por crime hediondo ou crime praticado por organização criminosa deveria juntar no processo, assim como comprovar a origem lícita dos valores

pagos a título de honorários. Na exposição de motivos dessa norma, o autor do projeto, sem grandes crises de consciência, replica exatamente nos mesmos termos a exposição de motivos do projeto 577/03, que cuidava de narrar que "maus" advogados estariam a "lavar" dinheiro através de honorários advocatícios e que a função da norma seria "salvaguardar" os "bons" profissionais.

No ano de 2006 novo projeto foi oferecido, o de nº 7347/06, desta vez pelo deputado federal José Divino (PRB-PB). Neste projeto há proposta de acrescentar o art. 26-A do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo objeto seria a previsão, facultativa, de o contrato de honorários advocatícios incluir cláusula na qual o cliente deverá comprovar a origem lícita dos valores pagos. Esse projeto, diversamente dos demais, não procura criar um novo tipo penal ou uma infração disciplinar contra o advogado, nem tampouco obrigar o acusado a procurar os serviços da defensoria pública. Na justificativa, o projeto afirma que

> "o advogado, ao decidir patrocinar causas criminais, principalmente em casos de denúncia por tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e outros similares, fica numa posição frágil, pela possibilidade de que o dinheiro utilizado pelo seu cliente para o pagamento dos honorários tenha origem ilícita."

Portanto, a proposta visava permitir a inclusão de cláusula contratual que resguardasse o advogado de eventual prática de crime ou ainda, de receber honorários de origem duvidosa.

Em 2012, novo projeto apresentado, o de n. 4341/2012, de autoria do Deputado Federal Chico Alencar (PSOL-RJ). O objeto do projeto de lei era criminalizar novamente a advocacia, através da criação do inciso III no § 2º do art. 1º da Lei 9.613/98. Assim, no projeto, considera-se crime de lavagem de capitais o profissional que "receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado". De acordo com a justificativa do projeto de lei, a criminalização da conduta teria como fundamento o fato de que "na verdade, o pagamento de honorários advocatícios por criminoso, com recursos da atividade criminosa tem ao final o condão de lavar o dinheiro, que entra no mercado sem quaisquer vestígios de sua origem". A exposição de motivos vai mais além do que qualquer outra. Propõe a criminalização específica do advogado, afirmando que "o Projeto não se debruça sobre a participação do advogado da quadrilha criminosa, ou sobre a possibilidade de o mesmo ser um mero laranja para a lavagem de dinheiro. A intenção é, de forma objetiva, punir o recebimento de honorários oriundos da atividade criminosa".

Em 2016, novamente volta à tona o tema dos honorários advocatícios, dessa vez através do Projeto de Lei 5668/16, de autoria do Deputado Federal Alberto

Fraga (DEM-DF). O teor do projeto é o resgate, nos mesmos termos, dos Projetos 577/03 (de sua própria autoria) e 5562/2005 (de autoria do deputado federal Capitão Wayne). A proposta era a de criar o art. 6º-A na Lei de Lavagem de Dinheiro, a fim de que o acusado justifique os valores pagos a título de honorários advocatícios. Não sendo justificado, abrem-se as portas para procedimentos criminais e disciplinares contra o profissional.

Todos esses projetos elencados foram arquivados. No ano de 2019 foi apresentado o Projeto de Lei 442/19, de autoria do Deputado Federal Rubens Bueno (PPS-PR). O objetivo do projeto se alinha com o de n. 4341/2012, que estabelece o inciso III ao § 2º do art. 1º da Lei 9.613/98. Ali, caracteriza-se o crime de lavagem de dinheiro para o advogado que "receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado". Na justificativa do projeto, reconhece-se que se trata de projeto originariamente apresentado pelo Deputado Federal Chico Alencar. Sequer houve mudança quanto à exposição de motivos, que permanecem os mesmos do projeto anterior.

Com esse excurso pelas diversas propostas de regular o recebimento de honorários advocatícios, mormente mediante tipificações que criminalizam a remuneração pela prestação de serviços, o projeto se constitui como mais uma tentativa de controle e pressão sobre a classe dos advogados, dessa vez travestida pela campanha contra a lavagem de dinheiro, bandeira mundialmente defendida e que tem origem na pressão norte-americana para a regulação dos fluxos de ativos.

2.2. Lavagem de dinheiro, anticorrupção e financiamento ao terrorismo: uma lexicografia imperialista

A tipificação da lavagem de dinheiro corresponde a uma das mais bem exitosas estratégias de controle social advindas no cenário neoliberal[37]. Evidentemente, no espaço deste texto não se tem a pretensão de enveredar pelo surgimento das

37. Aqui se toma o neoliberalismo como uma racionalidade, que acaba por reduzir o homem ao capital humano, através da lógica da concorrência. O neoliberalismo é uma racionalidade que repercute em processos de subjetivação, da transformação dos sujeitos em "empresários-de-si". Para uma das melhores, senão a mais bem elaborada genealogia do neoliberalismo (e também no sentido do neoliberalismo aqui tomada de empréstimo), Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

plataformas neoliberais de governo[38]. Contudo, característica desse fenômeno é produzir efeitos deletérios não apenas em nível da governamentalidade, isto é, das tecnologias e dispositivos de "conduta de condutas"[39], mas também acaba no campo do sistema punitivo, provocando fissuras, colapsos e realocações de categorias jurídico-penais importantes.

Tomem-se como sintoma dessas tentativas de identificar os novos fenômenos criminais as interpretações que, em um dado momento da década passada, trataram de identificar o surgimento de um "direito penal do risco" e que contemporaneamente, se encontram em estado letárgico, dada a sua débil capacidade de se inserir nos registros e racionalidades de governamentalidade neoliberal[40]. O risco, com efeito, foi elevado, especialmente a partir da famosa obra de Ulrich Beck[41], a uma metacategoria, que se propunha a substituir outras tantas encontradas na literatura sociológica, como a de classe, racionalidade instrumental etc. O problema da categoria risco travado em tais discussões não estava na capacidade de rendimento do conceito. Mas, sim, na sua elevação em direção a uma metateoria, capaz de dar conta de uma nova representação dos "efeitos indesejados da modernidade"[42].

O que tais análises esquecem é que a categoria risco faz parte de uma governamentalidade que apenas conseguiu desenvolver-se através dos dispositivos de

38. O surgimento do discurso neoliberal pode ser encontrado em FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

39. Para Foucault, governar significa uma arte de conduzir as condutas dos homens. FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 268.

40. Alguns exemplos de diagnósticos baseados na "sociologia do risco" podem ser encontrados em MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social*: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal. Trad. de Julio E. S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 32-45, 2004.

41. Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2013.

42. Nesse mesmo sentido são as críticas de O'Malley sobre a noção de sociedade do risco. O autor prefere vincular a noção de risco à governamentalidade neoliberal. O'MALLEY, Pat. *Criminologia e governamentalidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 134-135.

segurança, que representam lógicas e estratégias de racionalidade liberal, como identificara Foucault e como já foi averiguado por algum setor da criminologia[43], através do surgimento do pensamento atuarialista no campo criminal. Parte dos problemas identificados em diversos estudos que partiam da "sociologia do risco" tratavam das novas missões do direito penal, especialmente na tutela de interesses difusos como as relações de consumo, meio ambiente e logicamente, dos fluxos de capital. A discussão entre um direito penal de "duas velocidades"[44] ou um "direito de intervenção"[45] foi largamente debatida, mesmo que as alterações produzidas por este "direito penal do risco" tenham sido tratadas em apenas dois planos: no plano interno, isto é, da dogmática jurídico-penal, e no plano externo, limitado a questões de orientação político criminal. Numa análise rápida oriunda deste tipo de pesquisa, o delito de lavagem de dinheiro se encontraria neste processo de "desmaterialização do bem jurídico"[46], que introduz uma forma mais plástica reservada à imputação do tipo penal, trazendo ao mesmo tempo elementos de uma norma penal em branco (como a exigência de um tipo penal anterior) e elementares do tipo essencialmente normativas.

43. Sobre a criminologia atuarial, que insere o risco como elemento central das políticas criminais contemporâneas, Cf. DIETER, Maurício. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013; HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*: profiling, policing and punishing in an actuarial age. Chicago: Chicago University Press, 2007.

44. Silva-Sánchez denomina de segunda velocidade do direito penal a regulamentação de determinados delitos que atingem interesses difusos, compondo um segmento do direito penal, que não se vale de penas de prisão, mas tampouco oferece as garantias do direito penal liberal. Cf SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

45. Expressão desenvolvida por Winfried Hassemer que propõe uma alternativa aos processos de criminalização de interesses difusos e coletivos, a fim de que o direito penal não tenha de abdicar de uma teoria do bem jurídico e não deva alterar seus critérios de imputação. Para tanto, propõe sanções não penais em uma jurisdição na qual nem todas as tradicionais garantias do direito penal liberal estejam presentes. HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 95. No Brasil cita-se a obra de MENTOR, Diogo. *Teoria do direito de intervenção*: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

46. Expressão utilizada por MUSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 12.

Seria preciso aprofundar e investigar com maior acuidade os processos que conduziram à proeminência da lavagem de dinheiro como um tipo penal que acabou sendo transnacionalmente disseminado, além das razões pelas quais isso ocorreu. Pode-se apontar que os processos de tipificação do crime de lavagem de dinheiro ganham contornos mais claros a partir dos anos 1980 nos Estados Unidos, fazendo parte do problema concernente à "guerra às drogas" introduzidas pelo governo Reagan. Nesse primeiro sentido, assim como ocorreu no caso da prisão de Al Capone por sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro foi projetada para lidar com dificuldades da acusação com o ônus da prova nos delitos de tráfico de substância entorpecente e crime organizado. Portanto, o uso massivo da lavagem de dinheiro consistiu, em um primeiro momento, como uma estratégia que garantia a acusação contra imputações falhas pelo crime de tráfico de drogas e pelo delito de participação em organização criminosa[47].

Não sendo possível a prova de tais crimes, restaria a lavagem de dinheiro que ofereceria menores dificuldades para se obter uma condenação. Esse processo de criação de leis contra a lavagem de dinheiro assume expressão na constituição do *Bank Secrecy Act*, de 1970, que estabelecia critérios para arquivamento de informações de pessoas físicas e jurídicas, que disciplinava a necessidade das instituições bancárias em ajudar a identificar fontes, volume e valores em depósitos e transferências dentro do território norte-americano, e que finalmente exigia dos bancos que comunicassem os organismos de controle sobre cada operação financeira superior a U$ 10.000,00 (dez mil dólares).

O crime de lavagem de dinheiro propriamente dito apenas surge em 1986, no contexto da guerra às drogas, transformado em crime federal (*Money Laundering Control Act*). Além dessa importante tipificação, outro elemento de destaque foi a introdução do regime de *compliance* referentemente às instituições financeiras. A expansão dos mecanismos de lavagem de dinheiro se dá em 1988, com a *Anti-Drug Abuse Act*, que alarga a definição de instituição financeira para fins de lavagem de dinheiro, atingindo agentes que operavam com revendas de automóveis e corretores de imóveis. Houve várias alterações legislativas nos anos de 1992, 1994 e 1998 nos Estados Unidos, todas elas inserindo mais deveres de comunicação sobre as agências bancárias, treinamento de pessoal para detectar movimentos suspeitos de ativos, e basicamente, alargando os espectros do *compliance* e reduzindo o sigilo bancário.

47. Nesse sentido MANZANO PÉREZ, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad Del Delito De Blanqueo De Capitales. *La Ley Penal*, n. 53, 2008. p. 1.

Contudo, o passo decisivo em direção a uma "globalização da lavagem de dinheiro" aparece em 2001, após os atentados de 11 de setembro. Ali se estabeleceu uma estratégia de combate internacional dos Estados Unidos à lavagem de dinheiro, tida como elemento nuclear do financiamento ao terrorismo. No Título III do *Patriot Act*, uma legislação tão dura que readmitiu a tortura de presos militares em Guantánamo e excluiu a possiblidade de uso do *habeas corpus* na justiça comum pelos suspeitos de terrorismo, houve preocupação com o uso do sistema financeiro internacional para angariar fundos a grupos terroristas. É nesse momento que ganha relevância a tipificação do delito de financiamento ao terrorismo, expandindo ainda mais o controle das agências governamentais sobre o comércio de determinados bens, com a exigência de protocolos de identificação de consumidores e da manutenção desses dados em cadastros gerais. Também foi proibida qualquer transação entre instituições bancárias com sede nos Estados Unidos e instituições financeiras sem sede no território norte-americano e que não estivessem ligadas a determinados grupos econômicos (denominadas de *shell banks*). Também houve a preocupação em aperfeiçoar os mecanismos de *compliance*, especialmente no que diz respeito a instituições estrangeiras, bem como dos instrumentos de cooperação jurídica internacional. As sanções civis e criminais pelo crime de lavagem de dinheiro foram aumentadas. A pressão americana para a adoção de medidas internacionais contra a lavagem de dinheiro dá resultado e tanto o G7 quanto o GAFI reconhecem a necessidade de se combater o financiamento ao terrorismo, recomendando aos países a adoção de extensos deveres, de coordenar a legislação interna de acordo como as diretrizes da União Europeia, facilitando os mecanismos de cooperação jurídica com outros países. Em 2002 muitos países iniciam um processo de reforma em suas legislações sobre a lavagem de dinheiro (como o caso da criação no Chile, em 2003, da Unidade de Análise Financeira; da promulgação da Lei 10/2010 na Espanha, que tutelou a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo; a criminalização da autolavagem na Itália em 2014; a normativa europeia Antilavagem de 2007 etc.).

De um lado, a criminalização da lavagem de dinheiro e a sua mundialização decorrem do fenômeno da própria "globalização da arte de governar"[48], que in-

48. "Em todo o mundo, seja qual for a situação local, os mesmos métodos são preconizados, e o mesmo léxico uniforme é empregado (competição, reengenharia de processos, *benchmarking*, *best practice*, indicadores de desempenho). Esses métodos e essas categorias são válidos para todos os problemas, todas as esferas de ação, da Defesa nacional à gestão dos hospitais, passando pela atividade judicial. Essa reforma 'genérica' do Estado segundo os princípios do setor privado apresenta-se como ideologicamente neutra: visa

troduz uma lexicografia que engloba, além de outras categorias, a de terrorismo como uma das expressões do domínio imperialista americano[49]. Em parte, a experiência americana reorganizou o sistema financeiro, deslocando o delito de lavagem de dinheiro, usualmente conexo à evasão fiscal (daí a expressão paraísos fiscais), para o combate ao terrorismo. No caso europeu, movimentações financeiras para locais como Ilha da Madeira ou Açores, Chipre, Malta etc. faziam parte de um sistema no qual as instituições bancárias favoreciam a transferência de ativos para tais zonas. Aliás, em tais países a possibilidade de criação de empresas *offshore* era não apenas conhecida como incentivada.

Para Lascoumes, Godefroy e Favarel-Garrigues, nem mesmo a pressão norte-americana alterou tais práticas, pois o sistema antilavagem se organizou a partir de um modelo de "autorregulação vigiada"[50]. A "luta antilavagem" (e também anticorrupção) deflagrada a partir do final dos anos 1980 (conectada diretamente ao tráfico de drogas e à moralidade do uso do sistema financeiro para utilização futura de proveito econômico da atividade ilícita) será arquitetada sobre a plataforma tecnológica do "controle dos riscos", o que indica claramente o ingresso de uma lógica atuarial e prevencionista na circulação de ativos e de uma estratégia securitária que aparece na racionalidade neoliberal, descentralizando as funções policiais[51] a ponto de se poder falar de uma "segurança nodal", cuja marca é a interconexão de diversos agentes, instituições e políticas públicas, não se resumindo à tradicional polícia repressiva.

Essa modelagem da lavagem de dinheiro sob os contornos da privatização da função policial (Rigakos denominará tal função de parapoliciamento[52]) será o dispositivo prevalente na organização estrutural do delito de lavagem de dinheiro, mesmo após a sua realocação como um tipo penal preventivo do financiamento ao terrorismo.

---

somente à eficiência ou, como dizem os especialistas britânicos em auditoria, ao '*value for money*', isto é, à otimização dos recursos utilizados" (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 312).

49. LOSURDO, Domenico. *A linguagem do império:* léxico da ideologia estadunidense. São Paulo: Boitempo, 2010.

50. LASCOUMES, Pierre; GODEFROY, Thierry; FAVAREL-GARRIGUES, Gilles. *Les sentinelles de l'argent sale*: les banques aux prices avec l'antiblanchiment. Paris: La Découverte, 2009. p. 10.

51. SHEARING, Clifford. Nodal security. *Police Quaterly*, n. 8, v, 1, p. 57-63, 2005.

52. RIGAKOS, George. *The new parapolice*: risk markets and commofied social control. Toronto: Toronto University Press, 2002. p. 14.

Na França, após os atentados de 2001, houve a promulgação de uma forma majorada de lavagem de dinheiro que recaía sobre os agentes bancários e seguradoras, fazendo com que fossem alterados os mecanismos para a detecção de transações suspeitas e, para além, criando o cenário propício para o surgimento de uma nova classe profissional. O setor de *compliance*, então, passará para o primeiro escalão de funcionários das instituições financeiras e bancárias, responsáveis pelo desenvolvimento de ações estratégicas[53] destinadas à prevenção da utilização do sistema financeiro para dissimulação da origem ilícita do capital. Com o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais "inteligentes" na detecção de operações financeiras consideradas suspeitas em tempo real, a estratégia repressiva se transformou em uma espécie de "gestão do risco", aprofundando os processos de vigilância sobre atividades rotineiras e aparentemente, apertando o cerco sobre as movimentações financeiras.

A "guerra à lavagem de dinheiro" acelerada pelos atentados terroristas de 2001 contribuiu, na visão de Hibou, para o intervencionismo burocrático dos regimes neoliberais[54]. E, nesse sentido, a autora sustenta que as instituições bancárias acabaram por redefinir as limitações e deveres impostos por ocasião da "guerra à lavagem de dinheiro" e a transformaram em propaganda favorável, ou seja, em oportunidades comerciais (assim como já haviam feito com a corrupção, assinala a autora)[55]. Essa transformação em termos de gerencialismo policial (especialmente das instituições privadas) e da condução de estratégias em direção à prevenção e gestão do risco é própria da racionalidade neoliberal[56]. Todavia, essa forma de gerencialismo baseado na auditabilidade dos registros e documentações é transferida, sem nenhuma espécie de contrapartida, aos sujeitos privados. No caso específico, pelos advogados (de qualquer campo) e mais especificamente, pelos advogados criminalistas, transformados em auditores da vida pregressa do cliente, mesmo no caso de advocacia contenciosa.

No campo econômico, essa racionalidade neoliberal que acompanhou a guerra à lavagem de dinheiro, tornando o advogado uma espécie de fiscal e garantidor

53. LASCOUMES, Pierre; GODEFROY, Thierry; FAVAREL-GARRIGUES, Gilles. *Les sentinelles de l'argent sale*: les banques aux prices avec l'antiblanchiment. Paris: La Découverte, 2009. p. 114.

54. HIBOU, Béatrice. *The bureacratization of the world in the neoliberal era*: an international and comparative perspective. New York: Palgrave McMillan, 2015. p. 79.

55. Idem.

56. HIBOU, Béatrice. *The bureacratization of the world in the neoliberal era*: an international and comparative perspective. New York: Palgrave McMillan, 2015. PITCH, Tamar. *La sociedad de la prevención*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

da auditabilidade financeira do cliente deriva do processo de comodificação da segurança, o que gera empresas especializadas em avaliar fatores de risco dos clientes (especialmente nas instituições bancárias) e que se expande e é garantida pelas cada vez mais precisas ferramentas de tecnologia da informação, capazes de elaborar *hot*, *warm* e *positive lists* sobre clientes. Nessa plataforma de "governança corporativa", comercializa-se a ética e o *compliance officer* acaba sendo a figura emblemática, cuja finalidade objetiva evitar a sanção criminal, civil e administrativa dos agentes bancários através de um mecanismo de transferência de responsabilidade para substratos mais baixos da cadeia hierárquica das grandes instituições financeiras ou ainda, fazendo um acordo bom para a empresa[57].

Essa transferência da responsabilização criminal para os profissionais liberais, como o caso do advogado criminalista - considerando a dificuldade inerente aos pressupostos de imputação penal no marco de processos contra grandes corporações – contribui para que a racionalidade neoliberal encontre fértil solo no cenário brasileiro, marcado por uma governamentalidade autoritária[58].

De um lado, a dinâmica global de "autorregulação vigiada" que instala uma lógica de parapoliciamento. De outro, a utilização da repressão penal sobre uma determinada classe se familiariza com a tradição autoritária brasileira que recai sobre as suas práticas punitivas. Se por um lado o Brasil se insere como uma economia muito relevante no cenário internacional, a regulação da lavagem de dinheiro aparece apenas no final da década de 1990, na transição para o século XXI. Num primeiro momento, a legislação trazia um rol fechado de crimes antecedentes. Com a reforma em 2012, a lei passou a abrigar qualquer processo de

57. GARRETT, Brandon. *Too big to jail*: how prosecutors compromise with corporations. London: Harvard University Press, 2014. p. 84.

58. A noção de governamentalidade autoritária é conformada por um hibridismo entre biopolítica e soberania, como assevera DEAN, Mitchell. *Governmentality*: power and rule in modern society. London: SAGE, 1999. p. 131. Afirma o autor que "o governo liberal, contudo, também permanece entre as condições de possibilidade de formas de governamentalidade autoritária no século XX. Isso é parcialmente verdade por que o liberalismo é ele mesmo interrelacionado a formas de despotismo direcionado àqueles julgados como não possuidores dos atributos (ou ao menos ainda não possuidores) requeridos de sujeitos autônomos e responsáveis. Autorizando a possibilidade de despotismo para certos indivíduos e populações, o liberalismo promoveu o desenvolvimento formas iliberais de governamentalidade desde a concepção da casa de correção de Bentham até mesmo aos programas eugênicos de esterilização de certas populações. A governamentalidade autoritária é então um elemento sob formas liberais de governo e também um gênero de racionalidades políticas em si mesmo" (tradução nossa) (Ibidem, p. 147).

ocultação ou dissimulação de produto de infração penal, fazendo com que o tipo penal possa ser aplicado nas mais distintas áreas, se transformando em uma espécie de "tipo penal coringa", cabendo a sua invocação em quaisquer espécies delitivas que possam indicar ter o sujeito ativo auferido ganhos com a prática do ilícito.

O próprio processo de criminalização das condutas hipoteticamente consideradas como lavagem de capitais é de difícil conceituação, posto que até mesmo a eleição do bem jurídico protegido pela norma esbarra em infindáveis controvérsias. Uma primeira tentativa de definição do bem jurídico ofendido pela conduta seria a administração da justiça. No Brasil, Maia adota essa definição do âmbito normativo de tutela do delito em questão[59]. Para Callegari, o bem jurídico protegido é a ordem socioeconômica[60]. Para Barros, o crime de lavagem de dinheiro ofende a saúde econômico-financeira do país[61].

A maior parte dos autores compreende que a lavagem de dinheiro se constitui como um crime pluriofensivo (pois violaria diversos bens jurídicos simultaneamente)[62], sendo no momento a teoria mais bem recebida entre os penalistas (muito embora variem e se debatam quais seriam os bens jurídicos protegidos)[63]. Essa dificuldade epistemológica coloca em xeque a própria justificativa de atuação do direito penal, reforçando a hipótese de que a lavagem de dinheiro se insere nas transformações pelas quais passa o neoliberalismo como uma racionalidade, atravessando diversos setores da sociedade. Com efeito, qual o bem jurídico tutelado pela norma que proíbe o advogado de receber honorários advocatícios aparentemente oriundos de atividades ilegais, mas que autoriza, por exemplo, médicos, contadores, dentistas e todos os demais profissionais liberais a receber tais valores? À míngua de um bem jurídico individualizado, o projeto de criminalização da advocacia criminal se insere em todo um contexto no qual o

59. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.

60. CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. No mesmo sentido é a posição de PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

61. BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

62. CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise de discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 106-112.

63. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 215-230.

objetivo político é o seu enfraquecimento. Como em todo regime de governo autoritário, a advocacia criminal precisa ser calada e fragilizada.

A disputa teórica em torno do bem jurídico protegido pela norma criminalizadora da lavagem de dinheiro acaba por encobrir os processos pelos quais a lavagem de dinheiro se constituiu como um crime transnacionalizado. Também encobre as próprias mutações nas justificativas da criminalização, que encontra atualmente, na pressão exercida sobre o financiamento ao terrorismo, a *realpolitik* que indica o sucesso do empreendimento criminalizador capitaneado pelos Estados Unidos.

Além disso, esse tipo de discussão também encerra o maior dos problemas. O tipo penal de lavagem de dinheiro tem sua origem nas dificuldades probatórias que nascem com a "guerra às drogas" nos Estados Unidos, esparramando-se para o âmbito internacional pela pressão exercida pelos Estados Unidos e que se agravou quando, então, as políticas exteriores norte-americanas se dedicaram à "guerra ao terrorismo". Esses deslocamentos são significativos, pois demonstram, à saciedade, que a lavagem de dinheiro corresponde a um delito politicamente inscrito na contramão das garantias próprias do direito penal liberal. A pluralidade de bens jurídicos tutelados é flagrante reveladora da escassez e anemia semântica que governam os discursos em torno de sua justificativa jurídico-penal. Nesse sentido, acertada a conclusão de Castellar de que não existe um bem jurídico próprio da lavagem de dinheiro[64]. Isso significa que, em não havendo um bem jurídico merecedor de tutela penal, a criminalização da conduta recai como uma estratégia pragmática que permite a criminalização de condutas quando inexiste possibilidade de condenação por um tipo penal principal. Portanto, cuida-se de um tipo politicamente dirigido em processos de criminalização falhos (por ausência de provas mais substanciais de outros delitos), via de regra derivados de orientações político-criminais determinados por relações de poder, como no âmbito das guerras às drogas e ao terror.

Retornando ao caso brasileiro, a lavagem de dinheiro "globalizada" através das estratégias de contenção do financiamento ao terrorismo alargou recentemente o campo de atuação da Lei 9.613/98, que inclusive insere o advogado como responsável pela prestação de informações sobre seus clientes e a manter cadastro atualizado sobre eles (art. 9º, XIV)[65]. Em que pese se poder justificar a

64. CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 195.

65. Aliás, a exigência do advogado em fornecer dados e operações de origem duvidosa é uma recomendação do GAFI imposto inclusive aos advogados, o que leva, nos dizeres de Sánchez-Vera a atribuição de que o advogado se transforme em uma espécie de detetive – função

criminalização da lavagem de dinheiro a partir dos mecanismos transnacionais que pressionam os Estados para cada vez mais exercer fiscalização e controle sobre as operações financeiras, não se pode descurar que dada a plasticidade do tipo penal, bem como as já referidas práticas punitivas que podem ser constatadas no sistema de justiça criminal brasileiro (em larga medida autoritárias), tem-se, no caso, o encontro entre duas espécies distintas de racionalidade: uma atrelada aos grandes fluxos de capital e que se insere na lógica neoliberal já identificada; e outra correlata às expressões mais primitivas de um autoritarismo impregnado na cultura jurídico-penal brasileira[66].

Através das justificativas dos projetos de lei referidos anteriormente é possível diagnosticar casos nos quais se invocam argumentos de moralidade para justificar a criminalização da advocacia em caso de pactuação e recebimento de honorários considerados suspeitos. A própria menção à procuradora de Fernandinho Beira-Mar em vários desses projetos parece demonstrar tranquilamente um processo de "cruzada moral" contra a advocacia, alavancado por "empreendedores morais", termos designados por Becker para identificar os processos de criação de novas classes de *outsiders*[67]. No âmbito desses projetos também se identifica a advocacia criminal como um óbice à atuação dos organismos de repressão penal, com advogados dispostos à, de forma mercenária, garantir a liberdade de acusados para que possam continuar cometendo crimes. Portanto, há claramente nos discursos que instrumentalizam os projetos de lei o aparecimento da figura da advocacia como consorciada ao crime organizado, o que caracteriza um mecanismo de marginalização da classe apta a sustentar, nesse plano imaginário, projetos de lei que inviabilizem a própria atividade profissional.

Consoante já referido, não surpreende que a tipificação para a criminalização da advocacia criminal advenha do recurso à lavagem de dinheiro. Como já referido, a plasticidade genética do instituto corresponde à possibilidade de aplicação

que efetivamente não lhe corresponde – SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier. Blanqueo de capitales y abogacía. *InDret*, n. 01, 2008. p. 15. Disponível em: [www.indret.com/pdf/502.pdf]. Acesso em: 02.05.2019.

66. Pastana desenvolverá uma análise sobre as práticas autoritárias da justiça brasileira, dedicando todo o capítulo IV do trabalho ao exame desta questão. Cf. PASTANA, Débora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009. p. 139-180. No caso do processo penal, cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tyrant lo Blanch, 2018.

67. BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 151.

política do instituto a casos que estariam manifestamente fora da área de cobertura de tipos penais, especialmente pela debilidade probatória. Não se pode esquecer que essa é a origem da lavagem de dinheiro e mesmo as mutações sofridas pelo tipo penal não retiraram essa capacidade operativa de servir como "pau para toda obra".

Um exame mais acurado da famosa Operação Lava Jato seria capaz de identificar inúmeros casos nos quais a imputação pelo crime de lavagem de dinheiro é a saída para se obter uma determinada condenação política. Essa natureza amórfica da lavagem de dinheiro, que foi capaz de lhe converter em um instrumento globalmente compartilhado tem na adaptação aos mais distintos contextos a sua principal característica. Como uma espécie de delito parasitário, a lavagem de dinheiro ganhou espaço em sua capacidade de operar as funções de algo como uma "imputação acessória". Essa capacidade de adaptação a diversos contextos sociais também conduziu à sua utilização na condição de limitador da atuação de advogados no curso da operação referida. Exemplos dessa forma de atuação, mediante o recurso à lavagem de dinheiro não são incomuns. Veja-se, por exemplo, a condenação de Roberto Teixeira, advogado de Luiz Inácio Lula da Silva em processo criminal no âmbito da Operação Lava Jato, No também famoso caso Mensalão, o advogado Rogério Lanza Tolentino também já havia sido condenado pelo mesmo crime. Exemplos não faltam. Contudo, a questão principal posta aqui em exame é a eventual criminalização de toda uma categoria profissional baseada na premissa de que o advogado poderia presumir que os recursos empregados na sua contratação são oriundos de atividades criminosas.

2.3. A criminalização da conduta de recebimento de honorários advocatícios "maculados": um duro golpe na advocacia criminal combativa

A preocupação com a utilização de escritórios advocatícios em empresas de fachada, com o intuito de lavar dinheiro (através do uso das prerrogativas funcionais para cometimento de crimes) não é nova. A propósito, o primeiro país a se manifestar sobre o tema de forma mais acurada foi a Alemanha, através do julgamento conduzido pelo Tribunal de Apelação de Hamburgo no ano 2000. Nesse caso, um advogado recebeu honorários em procedimento criminal cujo objeto era uma acusação por tráfico de drogas, tendo recebido os valores de uma pessoa jurídica que havia sido investigada[68]. Em tal caso o advogado fora absolvido, ten-

68. O exame desse caso pode ser encontrado em RAGUÉS I VALÉS, Ramón. Blanqueo de capitales y negocios *standard*: con especial mención a los abogados como potenciales

do em vista que não foi possível obter-se a prova de que houve devolução do dinheiro para o acusado. Entretanto, a situação muda de figura em 2001, quando a Corte Constitucional Alemã é instada a se manifestar sobre a acusação que pairou contra dois advogados acusados de receber dinheiro oriundo de estelionato. A decisão final do tribunal foi pela condenação dos advogados, pois eles sabiam da origem ilícita dos valores, podendo ser enquadrados na lei de lavagem.

A questão é preocupante tendo em vista que no Brasil já existe um processo de associação imaginária da advocacia criminal a grupos criminosos. A criminalização da lavagem de dinheiro pelo recebimento de honorários supostamente maculados é, ao mesmo tempo, uma porta aberta para se fulminar com as prerrogativas de sigilo profissional. Nessa ordem, uma interceptação telefônica contra o advogado ou uma busca e apreensão em seu escritório, sob o argumento de encontrar elementos sobre a lavagem de dinheiro na percepção de honorários poderá conduzir, através do argumento do encontro fortuito de provas, à obtenção de elementos acobertados pelo sigilo profissional. Portanto, cuida-se de uma forma não apenas de criminalizar uma classe, mas também de facilitar investigações e acusações, fragilizando ainda mais os direitos dos acusados através da devassa em escritórios de seus procuradores. A quem interessa uma advocacia que possa estar sujeita, a todo o instante, à interpretação de que os honorários pactuados e recebidos poderiam ser presumidamente oriundos de atividade ilícita do cliente?

O uso político da lavagem de dinheiro no Brasil pode ser encontrado às claras na operação Lava Jato. A história recente do Brasil dá visíveis demonstrações de que a lavagem de dinheiro tem sido utilizada como instrumento de *lawfare*[69]. Aliás, fenômeno que tem substituído as antigas desestabilizações políticas

autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 132.

69. "Ao longo dos últimos meses, a expressão *Lawfare*, que constitui a junção em inglês da palavra Law (lei), com o termo *warfare* (guerra), vem sendo utilizada pelos advogados do ex-presidente Lula para designar os processos criminais questão sendo contra ele instaurados. A designação de Lawfare recai em um ambiente onde as instituições jurídicas são abusivamente utilizadas para a perseguição de um adversário político. Foi originalmente cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, em 1975, que a consideravam uma tática de paz, em que a guerra dava lugar à disputa por leis onde se tinha "um duelo de palavras em vez de espadas". A expressão foi disseminada pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap, em 2001, como uma estratégia de mau uso da lei para alcançar um objetivo operacional como alternativa aos meios militares tradicionais. Na esfera política se traduz, segundo Jean Comaroff e John Comaroff, no processo de usar a violência e o poder inerente à lei para produzir resultados políticos" (RIBEIRO, Ricardo

mais duras, como as do governo de Allende no Chile que acabou substituído pelo militar Pinochet, dando início a uma das mais sangrentas ditaduras latino-americanas. Um tipo penal aberto, que se vale do dolo eventual e que se torna potencialmente aplicável a depender da vontade exclusiva do Ministério Público corresponde a um projeto de enfraquecimento da já combalida advocacia criminal. As interceptações telefônicas, buscas e apreensões e toda a sorte de medidas acautelatórias em escritórios de advocacia serão da ordem do cotidiano em um quadro como esse. Ademais, será também a advocacia criminal combativa a sentir esses efeitos de maneira mais dura em um primeiro momento.

Aliás, tais efeitos já são sentidos através de inúmeros expedientes utilizados nessa operação, como as prisões e conduções coercitivas que tinham por objeto extorquir confissões; os benefícios extralegais concedidos a réus da operação atendidos por escritórios criminais "especializados em colaborações premiadas", ao tratamento mais duro concedidos a acusados cuja defesa era mais combativa. Tudo isso corresponde a um cenário que culmina em dois passos. O primeiro deles é efetivamente obter-se uma classe "docilizada", para utilizar as palavras de Foucault. O segundo deles é o projeto de transformação do processo penal em um elemento acidental da justiça criminal, através da consolidação dos acordos criminais em práticas do dia a dia (a partir também do modelo americano)[70].

Portanto, eis muito brevemente apresentados os argumentos que situam a lavagem de dinheiro numa racionalidade neoliberal e ao mesmo tempo, no caso brasileiro, em flagrante conjunção com intervenções políticas autoritárias, envernizadas pelo pretexto de "combate à corrupção". Que tais lutas tenham sido gestadas em meio à racionalidade de mercado pouca dúvida resta[71]. A crimina-

Lodi. *A condenação de Lula*: o maior caso de *lawfare* do Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula. Bauru: Canal Editora, 2017. p. 389)

70. O Projeto Anticrime se alinha nesse objetivo de traçar claramente os contornos de uma advocacia criminal subserviente e outra indócil. De antemão já se sabe contra quem deverá incidir as normas de criminalização produzidas no escopo de criminalizar o recebimento de valores supostamente oriundos de atividades criminosas.

71. Sobre a estratégia neoliberal de destruição de plataformas políticas de Estado e da demonização do setor público – o único capaz de ser corrompido – e do virtuosismo do espaço privado em tais estratégias Cf. SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015. Sobre a crise da democracia liberal e das políticas públicas devido sobretudo às investidas do neoliberalismo, a literatura é farta. Recomenda-se, sobretudo, CASTELLS, Manuel. *Ruptura*: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018; RUNCIMAN, David.

lização da advocacia criminal e o projeto de estabelecimento de uma servidão voluntária da classe, de sua docilização, de sua obediência a órgãos que a tem acachapado está presente neste novo projeto. Uma advocacia criminal submissa consiste no eterno retorno dos projetos autoritários.

3. Conclusão

O extenso percurso realizado anteriormente demonstra a complexidade da temática que se enfrentou. Isso porque, o tema das prerrogativas da advocacia não diz respeito apenas à classe dos advogados. Através da análise histórica elaborada, é possível identificar a magnitude e a abrangência de um problema que atravessa tanto o campo jurídico como o campo político, contaminado ainda por uma racionalidade hegemônica que apontamos a partir de diversos autores como própria do neoliberalismo, que viabiliza a retomada e a imposição do autoritarismo em todos os espectros da realidade. E não é diferente, então, com a advocacia e as suas prerrogativas.

A precarização das prerrogativas da advocacia não é crise nem acidente histórico, trata-se de projeto que vem se desenvolvendo há décadas e que encontra, atualmente, as condições ideais para que se passe da dissimulação simbólica à concretude real dos ataques contra a classe. A retomada de um governo flagrantemente autoritário no Brasil, viabilizado por uma cultura autoritária que não foi devidamente elaborada no curso da história brasileira retorna sob mantras discursivos de combate à corrupção, à violência, à defesa dos cidadãos de bem, à impunidade, mesmo que esvaziados em seus sentidos. Contudo, todos elementos constituintes e alinhados ao populismo punitivo, tendo na grande imprensa o propulsor de disseminação de interesses escusos, o que torna o risco de demolição das bases democráticas do Estado cada vez mais iminente.

É nesse contexto que o ataque e a criação de mecanismos para fragilizar a advocacia e suas prerrogativas se localizam. Por ser instrumento de resistência ao autoritarismo, sobretudo no âmbito judicial, mas que impacta toda a questão política, a precarização da advocacia atende à necessidade que busca a destruição do que ainda resta de democrático no Brasil, que podemos traduzir como os direitos e garantias fundamentais de todo o cidadão. Fragilizando-se a advocacia, viabiliza-se ainda mais o eficientismo punitivo que o regime neoliberal pretende

Como a democracia chega ao fim. São Paulo: Todavia, 2018; INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação*: a frustração popular e os riscos para a democracia. São Paulo: LeYa, 2017.

impor. Daí porque é fundamental a compreensão das raízes desse galope autoritário que não é nada recente, e foi o que se buscou apresentar ao longo de todo texto.

Grosso modo, estamos diante de um projeto que anuncia a crise, sempre sem precedentes, mas dela se alimenta para se reforçar enquanto autoridade, ostentando o protagonismo e a hegemonia do curso atual da história, tentando disseminar uma sujeição generalizada.

O panorama e o imaginário forjados por esses discursos populistas, que vinculam o âmbito político ao punitivo, são as bases dos projetos de lei que buscam a criminalização e a marginalização da advocacia, instrumentalizados e legitimados desde discursos de ordem. A inviabilização da advocacia compromete os postulados democráticos e abre mais uma fenda para o avanço autoritário. O exemplo da criminalização da advocacia através da lavagem de dinheiro é uma forma de operacionalizar a efetivação das ameaças históricas dirigidas contra a advocacia.

A lavagem de dinheiro constitui um instrumento – quiçá o mais volátil – para se proceder à empreitada. A manutenção da advocacia como uma classe em defesa da democracia depende, sobretudo, de que a democracia sobreviva. E, portanto, há aqui um círculo não vicioso, mas virtuoso: a advocacia é peça fundamental para se garantir a democracia, que, por seu turno, é a condição natural do exercício da advocacia. Ou ainda: a advocacia garante a democracia que garante a advocacia.

4. Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2013.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERLINGUER, Mario. *La crisi della giustizia nel regime fascista*. Roma: Migliaresi, 1944.

BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002.

BOÈTIE, Étienne de la. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. Evelyn Tesche. São Paulo: Edipro, 2017.

CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise de discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura*: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEAN, Mitchell. *Governmentality*: power and rule in modern society. London: SAGE, 1999.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*: an institutional approach. Burlington: Ashgate, 2012.

DERRIDA, Jacques. *O soberano bem*. Trad. Fernanda Bernardo. Braga: Palimage Editores, 2004.

DIETER, Maurício. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

EYMERICO, Nicolao. *Manual de inquisidores*. Mompeller: Feliz Aviñon, 1821.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. In: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GARRETT, Brandon. *Too big to jail*: how prosecutors compromisse with corporations. London: Harvard University Press, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*: profiling, policing and punishing in an actuarial age. Chicago: Chicago University Press, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HIBOU, Béatrice. *The bureacratization of the world in the neoliberal era*: an international and comparative perspective. New York: Palgrave McMillan, 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitucionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação*: a frustração popular e os riscos para a democracia. São Paulo: LeYa, 2017.

LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2005.

LASCOUMES, Pierre; GODEFROY, Thierry; FAVAREL-GARRIGUES, Gilles. *Les sentinelles de l'argent sale:* les banques aux prices avec l'antiblanchiment. Paris: La Découverte, 2009.

LOSURDO, Domenico. *A linguagem do império*: léxico da ideologia estadunidense. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANZANO PÉREZ, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. *La Ley Penal*, n. 53, 2008.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MENICONI, Antonella. *La "maschia avvocatura"*: istituzioni e professione forense in época fascista. Bologna: Il Mulino, 2006.

MENTOR, Diogo. *Teoria do direito de intervenção*: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MUSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

OLGIATI, Vittorio. *Il diritto "in movimento" e l'attegiamento degli operatori del diritto durante il fascismo. In*: OLGIATI, Vittorio. *Saggi sulla avvocatura*. Milano: Giuffrè, 1990.

O'MALLEY, Pat. *Criminologia e Governamentalidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PANUNZIO, Sergio. l'assistenza e il "problema" delle professioni. *Assistenza Fascista*, Roma, ano II, v. 3, s. d.

PASTANA, Débora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRATT, John. *Penal populism*. London: New York: Routledge, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo*: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, 2004.

RAGUÉS I VALÉS, Ramón. Blanqueo de capitales y negocios standard: con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A condenação de Lula*: o maior caso de *lawfare* do Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo Lula. Bauru: Canal Editora, 2017.

RIGAKOS, George. *The new parapolice*: risk markets and commofied social control. Toronto: Toronto University Press, 2002.

RECONDO, Felipe. *Tanques e togas*: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government*: causes, consequences and reform. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018.

SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. *Os advogados e a Ditadura de 1964*. Rio de Janeiro: Editora da PUCRJ, 2010.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos*: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier. Blanqueo de Capitales y Abogacía. *InDret*, n. 01, 2008. Disponível em [www.indret.com/pdf/502.pdf]. Acesso em: 02.05.2019.

SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social*: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal. Trad. de Julio E. S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

SHEARING, Clifford. *Nodal security*. *Police Quaterly*, n. 8, v. 1, 2005.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento*: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido*: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2008.

SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Advocacia em tempos difíceis*: ditadura militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo*: a política "nós" e "eles". Porto Alegre: L&PM, 2018.

TURI, Gabriele. Fascismo e cultura: *ieri* e *oggi*. In: DEL BOCA, A; LEGNANI, L; ROSSI, M.G. *Il regime fascista*: storia e storiografia. Bari: Laterza, 1995.

VON LANGENFELD, Friedrich Spee. *Cautio criminalis*: or a book on witch trials. Charlottesville: London: Virginia University Press, 2003.

ZANOBINI, G. l'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici. In: ORLANDO, Vittorio Emmanuelle. *Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Società Editrice Libraria, 1935. v. II. parte III.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Valorização da advocacia: direitos e prerrogativas do advogado, de Elias Farah – *RIASP* 21/94-126 (DTR\2008\111).

Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira?

Willful blindness theory: a risk to Brazilian advocacy?

Daniela Carvalho Portugal

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA/Edital 003/2010). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA/2004-2008) e mestrado em Direito Público pela mesma instituição (UFBA/2009-2011). Possui curso de Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG – Alemanha. É professora Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito UFBA. Professora de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito e da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB), sendo a docência a principal atividade profissional exercida. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia (OAB/BA).
danielacarvalhoportugal@gmail.com

Marina Azevedo Schubert

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada.
marinaschubert@outlook.com

Recebido em: 12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do(a) autor(a): 17.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a conduta do recebimento de honorários com origem ilícita através da teoria da cegueira deliberada, avaliando os seus impactos no processo de criminalização da advocacia. Com o endurecimento penal, alterou-se a Lei de Lavagem de Dinheiro tornando possível a aplicação de sanção penal ao sujeito que recebe dinheiro proveniente de qualquer infração. O advogado, principalmente o penalista, que lida com riscos

Abstract: The objective of this study is to analyze the conduct of the reception of illicit origin fees through the willful blindness theory, evaluating their impact on the process of criminalization of advocacy. With the penal hardening, the Money Laundering law was modified, making possible the application of penal sanction to the subject that receives money coming from any infraction. The lawyers, especially the criminal lawyer, who deals with constant risks, happens to be the target of

constantes, passa ser alvo da lei, que ao não delimitar a incidência legislativa criminaliza indiretamente a profissão. Agravando a situação, tem-se a utilização da *conscious avoidance doctrine* no processamento dos crimes de lavagem de capitais, já que não há margens claras de delimitação para os institutos. Necessário se faz o estudo sobre a relação entre a teoria da cegueira deliberada e sua (in)compatibilidade com os princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro. Possuindo como objeto metodológico a pesquisa exploratória, o trabalho é de natureza aplicada e com uma abordagem qualitativa. Busca-se, a partir dessa análise, problematizar se a adoção da doutrina da cegueira deliberada no Brasil pode gerar, como efeito colateral, a criminalização da própria advocacia.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Honorários advocatícios – Origem ilícita – Exercício da advocacia – Cegueira deliberada.

the law, which by not delimiting the legislative incidence indirectly criminalizes the profession. The situation is compounded using a conscious avoidance doctrine in the processing of money laundering offenses, since there is no clear margin of delimitation for institutes. It's necessary to study the relation between the theory of deliberate blindness and its (in) compatibility with the ruling principles of the Brazilian legal system. Possessing the exploratory research methodological object, the work is based on an applied nature and with a qualitative approach. It's sought from this, to question if the adoption of the doctrine of deliberate blindness in Brazil can generate, as collateral effect, the criminalization of the own advocacy.

Keywords: Money laundering – Legal fees – Illicit origin – Practice of law – Duty of secrecy – Willful blindness.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei de Lavagem de Dinheiro e a advocacia. 2.1. Tendência internacional à tipificação da lavagem. 2.2. A Lei de Lavagem de Dinheiro. 2.3. O elemento subjetivo da lavagem de dinheiro. 3. O advogado, o processo penal e a criminalização da advocacia. 3.1. O advogado no processo penal. 3.2. O dever do advogado de comunicar. 3.3. A criminalização da advocacia. 4. A busca pelo endurecimento penal e a teoria da cegueira deliberada. 4.1. Sobre a teoria. 4.2. O dolo eventual e a lavagem de dinheiro. 4.3. A (in)compatibilidade no ordenamento pátrio. 4.4. Os riscos à advocacia e à sociedade com a aplicação da teoria. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O estudo aqui proposto estabelece uma relação entre a teoria da cegueira deliberada, a aplicação da Lei de Lavagem de Capitais e o exercício da advocacia. A delimitação temática selecionada cumpre a função de orientar a análise da conduta do advogado que deixa de cumprir com o dever de comunicação inscrito na Lei 9.613, de 1998, conforme alteração inserida pela Lei 12.683, de 2012, avaliando, ao fim, se a aproximação entre a referida teoria na interpretação do novo texto legal pode colocar em risco os direitos e garantias necessários ao exercício da advocacia.

Trata-se de pesquisa de natureza aplicada, voltada para o exame da utilização prática da teoria da cegueira deliberada no âmbito do ordenamento jurídico

brasileiro, avaliando os seus impactos no processo de criminalização da advocacia. Optou-se pela abordagem qualitativa, no sentido de se buscar a compreensão crítica da doutrina da cegueira deliberada, valorando a forma como tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros, bem como analisando, criticamente, seus reflexos para o exercício da advocacia. Portanto, não há uma pretensão de se mensurar, quantitativamente, as consequências da utilização da mencionada teoria. Isso porque a aproximação dos tribunais brasileiros com o a referida doutrina ainda é relativamente recente, não sendo possível, no momento, objetivar as consequências desse processo para a advocacia.

De todo modo, já é possível sentir alguns reflexos decorrentes da utilização da *conscious avoidance doctrine* no processamento dos crimes de lavagem de capitais, quando vêm se tornando visíveis seus primeiros impactos na avaliação da conduta do advogado, bem como na fixação das eventuais consequências aplicáveis ao seu comportamento. Por essa razão, optou-se pela pesquisa de natureza qualitativa, problematizando se a adoção da doutrina da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros pode gerar, como efeito colateral, a criminalização da própria advocacia.

Com isso, elegeu-se, quanto aos objetivos metodológicos, a pesquisa exploratória, para o fim de aprofundar uma reflexão crítica acerca da relação entre a teoria da cegueira deliberada e sua (in)compatibilidade com os princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro, examinando, especificamente, os impactos de sua utilização no eventual comprometimento dos direitos e garantias atinentes ao exercício da advocacia.

Para tanto, inicialmente, será apresentado, brevemente, o regramento legal do crime de lavagem de capitais, contextualizando a Lei 9.613, de 1998, assim como suas alterações posteriores, com as tendências internacionais relativas à repressão da prática. Além disso, será objeto de estudo no presente artigo o elemento subjetivo correspondente ao tipo incriminador de lavagem, o que permitirá a posterior investigação acerca de seu âmbito prático de incidência.

Posteriormente, cuida-se, especificamente, do papel desempenhado pelo advogado no processo penal e do crescente movimento de criminalização do exercício da advocacia. Nesse sentido, será examinado o dever de comunicação estabelecido na Lei de Lavagem de Capitais e a eventual tipicidade objetiva da conduta do advogado que descumpre o dever de comunicação quando no exercício de sua atividade profissional.

Por fim, examina-se a tipicidade subjetiva da conduta do advogado que descumpre o dever de comunicação à luz da teoria da cegueira deliberada, avaliando se a adoção da mencionada teoria coloca em risco os direitos e garantias necessários ao exercício da advocacia. Dessa maneira, o que se pretende examinar é

se a utilização da teoria da cegueira deliberada na análise da tipicidade subjetiva da conduta do advogado que descumpre o dever de comunicação no exercício da profissão pode ou não corroborar para o crescente processo de criminalização da própria advocacia.

2. A lei de lavagem de dinheiro e a advocacia

Para Jesús-María Silva Sánchez, o mundo jurídico vem experimentando um crescimento unificado devido ao direito penal da globalização econômica e integração supranacional. Esse crescimento, contudo, traz uma flexibilização das regras de imputação e de garantias político-criminais tanto materiais como processuais.[1]

Com uma nova estrutura social, em meio a tantas tecnologias, criou-se um ambiente de riscos de dimensões desconhecidas, que podem alcançar uma quantidade indeterminada de pessoas ameaçadas.[2]

Esse é o fenômeno que Ulrich Beck denomina como sociedade de riscos, em que a busca pela saciedade dos direitos materiais faz com que valores éticos e morais sejam ignorados, trazendo, assim, o aumento da criminalidade.[3]

A produção de riquezas é acompanhada pelo aumento dos riscos sociais, consequência direta dos problemas e conflitos gerados pela má distribuição social[4], e o crescimento dos riscos trouxe o aperfeiçoamento dos delitos cometidos, gerando a necessidade de uma abordagem específica por meio do chamado Direito Penal Econômico.

Esse é conceituado como conjunto de normas com o objetivo de sancionar as condutas que ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes à ordem econômica, estando o crime de Lavagem de Dinheiro inserido nesta esfera.[5-6]

---

1. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideo: B de F, 2011. p. 83-84.
2. MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência.* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris. 2005. p. 49.
3. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23-28.
4. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23.
5. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 10.
6. SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 98.

Um dos principais marcos para o início da preocupação com a origem do dinheiro, demonstrando a necessidade de se controlar a economia popular, foi a crise estadunidense, em 1929.[7] A partir desse momento, o direito penal passaria a assumir uma missão de, também, funcionar como uma forma de direcionamento de políticas econômicas.[8]

Apesar dessa relação sempre ter existido, sua intensidade foi amplificada e seu direcionamento alterado, já que a legalidade do direito penal econômico passou a variar de acordo com as pautas econômicas dos Estados.[9]

Destaca-se que, apesar de a crise ter sido iniciada nos Estados Unidos, seus impactos tornaram-se globais, já que o direito passa a crescer de forma unificada.[10]

Mesmo com cada Estado mantendo suas peculiaridades, a uniformização e integração das leis tem ocorrido gradativamente, seja através de tratados internacionais ou de políticas de combate ao crime, mas o que se observa, é um padrão de relativização e flexibilização generalizado nas garantias político criminais e regras de imputação.[11]

A principal consequência dessa interligação, e maior preocupação com a economia, é a criação de uma nova percepção de formas de cometimento de delitos, saindo do padrão até então conhecido de crimes predominantemente praticados por pessoas de baixa renda, para os "crimes de colarinho branco".[12]

Conceito trazido por Edwin Sutherland, é caracterizado como o delito praticado "por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social de sua atividade"[13].

Pelo raciocínio Sutherland, apenas é diferenciado o perfil do Autor delitivo, já que os critérios utilizados para definição do delito não diferem dos utilizados

7. FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. *Comentários críticos à Lei brasileira de Lavagem de Capitais:* legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.
8. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, v. 11, nov.-dez. 2014. p. 63
9. Idem.
10. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideo: B de F, 2011. p. 83-84.
11. Ibidem, p. 89-90.
12. Idem.
13. SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco.* Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 33-34.

para taxar qualquer outra espécie criminal. Logo, considera-se conduta típica de igual forma.[14]

Apesar disso, são recentes as punições referentes a tais delitos, ainda havendo uma grande sensação de impunidade que paira sobre a sociedade.[15]

Isso porque, a realidade do processo globalizador favorece a dominação por imposições econômicas, em que os interesses sociais e políticos são sobrepostos pelos interesses econômicos. Conforme esses pressupostos, o direito passa a ser uniformizado como meio de proteger um mercado capitalista que busca por expansão.[16]

E, a estrutura do Direito Penal Econômico surgiu justamente com a ideia de trazer um olhar mais apurado para o cometimento de delitos de maior complexidade, criando tipos penais que possam abranger as esferas tanto protetivas como sancionadoras.[17]

Para João Carlos Castellar, o Direito Penal Econômico possui como fundamento a ideia de que a ordem socioeconômica é constituída para proteção dos interesses difusos e coletivos, através de seus bens jurídicos.[18]

Justamente por essa razão, o legislador passa a recorrer aos tipos penais de perigo abstrato como instrumentos técnicos por excelência, dessa forma a simples colocação do bem jurídico em um risco abstrato passa a ser o bastante para configurar o tipo penal, não sendo necessária a real lesão ao bem.[19]

---

14. Ibidem, p. 94-95.
15. ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. *Tribuna Virtual IBCCRIM*, ano 01, n. 3, abr. 2013. p. 22. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito--Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna]. Acesso em: 26.10.2016.
16. GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. *Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 247-255, jul.-dez. 2004.
17. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2, jan.-jun. 2005. p. 144.
18. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico* versus *direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 240-241.
19. MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência.* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 48.

Esse é o tipo de legislação considerada como "de emergência", ou seja, aquela que foge dos padrões tradicionais de tratamento do sistema repressivo, visando legitimar a supressão de garantias individuais em favor de uma suposta eficiência Estatal para contenção da criminalidade.[20]

O Direito Penal Econômico surge como uma forma de proteger a economia e, para isso, cria novos tipos delitivos e flexibiliza diversas normas, reduzindo, inclusive, direitos fundamentais.

2.1. Tendência internacional à tipificação da lavagem

Por ser o crime uma produção humana, alterada conforme as transformações sociais e culturais, pode-se considerar o delito como sendo temporal, histórico, relativo e circunstancial. E, esses movimentos deixam claros os valores sociais de cada época.[21]

A primeira tipificação legal para o crime de lavagem de dinheiro, adveio do ordenamento italiano[22], nos chamados "anos de chumbo", quando um grupo armado passou a praticar uma série de ações com o objetivo de desarticular o poder político estatal.[23]

Mas, a mais influente das normas de combate à lavagem de dinheiro é oriunda dos Estados Unidos, com o *Money Laudering Control Act*. No período da chamada "lei seca", em que o governo americano proibiu a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas. E, a partir daí, criou-se um mercado de fornecimento de produtos ilegais, gerando ao crime um grande negócio do qual surgia uma elite financeira de vários níveis durante a crise de 1929.[24]

Com a revogação da proibição, em 1933, o mercado do crime foi obrigado a buscar novas alternativas e a exploração de jogos e o tráfico de drogas se mostraram negócio ainda mais lucrativo, forçando as organizações a buscarem novas formas de camuflar seu dinheiro.[25]

---

20. CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 117.
21. CARLI, Carla Verissimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 79.
22. Em 1978.
23. CARLI, Carla Verissimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 81.
24. Ibidem, p. 83.
25. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 93.

O principal objetivo da criação da Lei de Lavagem de Dinheiro seria evitar a repetição de circuitos de ilicitude, bem como a conservação do *status* social de muitos dos seus agentes[26] e, a legislação americana, editada em 1986, passou a ser considerada como revolucionária justamente por cumprir esses pressupostos, trazendo conceitos legais e resultados práticos, já que passava a tratar da lavagem de dinheiro como delito autônomo.[27]

Isso porque, foi verificado que as organizações criminosas possuíam recursos o bastante para, conforme Castellar, "invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis", e isso deveria ser evitado.[28]

Devido à percepção de inexistência de fronteiras, as pressões para o combate aos crimes financeiros de forma globalizada tornaram-se crescentes nas últimas três décadas, seja pela criação de leis ou das *soft law*,[29] com o interesse que fossem retirados de circulação do mercado de capitais o dinheiro proveniente de outros crimes.[30]

Como primeiro dos tratados de maior destaque, há a Convenção de Viena, de 1988, que trouxe um olhar de significante importância ao combate aos crimes financeiros. A intenção seria combater ao Tráfico de Drogas na maneira norte-americana, evitando que as grandes organizações criminosas tivessem proveitos dos seus ilícitos.[31]

Foi com base na Convenção que se editou a tipificação de condutas relacionadas à Lavagem de Dinheiro, a fim de dar base à criação desse tipo no direito interno dos países signatários.[32]

---

26. CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 131.
27. CARLI, Carla Verissimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 87.
28. CASTELLAR, João Carlos. Op. cit., p. 211.
29. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 78.
30. RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.
31. SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro*: críticas penais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012. p. 38.
32. CALLEGARI, André L; WEBER, Ariel B. Op. cit., 2017. p. 80.

E, na mesma linha, a Convenção de Estrasburgo (1990), que reforçava a ideia da incriminação da conduta, sendo considerada como uma 2ª geração de legislação antilavagem, por ampliar os delitos antecedentes – ao contrário do ocorrido na Convenção de Viena que apenas se preocupou com o narcotráfico.[33]

A complementação surgiu com a Diretiva 308 do Conselho da Comunidade Europeia (1991), trazendo uma prevenção da utilização do sistema financeiro e recomendando a proibição de tal conduta[34], bem como com a grande inovação o fato de ser medida de caráter obrigatório.[35]

Já nos anos 2000, a Convenção de Palermo[36] trouxe uma extensão ao rol de crimes antecedentes, passando a considerar a participação em grupos criminosos, a corrupção e a obstrução da justiça como tais, além de trazer novas formas de fiscalização, ao ditar normas sobre o controle interno dos bancos.[37-38]

Nota-se que o combate à Lavagem de Dinheiro iniciou-se como forma de prevenção e combate a outros delitos[39], mas a verificação da necessidade de proteção ao mercado econômico fez com que o delito fosse isolado, em uma tentativa de combater a impunidade e isolar economicamente o agente delituoso.[40]

2.2. A Lei de Lavagem de Dinheiro

A globalização incentivou a ornamentação das leis e no Brasil não foi diferente. O principal impulso para edição da Lei 9.613/98, que tutela a Lavagem de Dinheiro, foi a assinatura de diversos tratados e convenções internacionais.[41] Em sua edição, a legislação brasileira não trouxe expresso o conceito de Lavagem, apenas descrevendo os verbos do tipo penal em seu artigo 1º.

33. Ibidem, p. 82.
34. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 364.
35. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 89.
36. Incorporada ao ordenamento brasileiro em março de 2004, através do Decreto 5.015.
37. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 364.
38. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. Op. cit., p. 90.
39. RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.
40. Idem.
41. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 363.

A doutrina, contudo, preenche essa lacuna considerando a Lavagem como processo praticado para mascarar a natureza, origem localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens/valores provenientes de ilícitos, com a finalidade de reinseri-los na economia formal como se lícitos fossem.[42]

Logo, a Lavagem de Dinheiro é um conjunto de condutas por meio das quais reinsere-se dinheiro de origem ilícita ao sistema econômico financeiro, como se lícito fosse[43], buscando criminalizar condutas que gerem o apoderamento de valores que transitam nas operações financeiras que provem de organizações que não seguem as regras estatuídas pelas regras internacionais.[44]

Para Tigre Maia, é um delito que pode ser dividido doutrinariamente em três fases, sendo elas a conversão, a dissimulação e a integração dos bens, com o objetivo final de tornar legítimo os ativos oriundos da prática de atos ilícitos, mascarando essa origem da Justiça.[45]

A primeira fase, a ocultação, é o momento em que se distancia os valores de sua origem criminosa. Passando em seguida para a dissimulação, que mascara as origens dos valores, realizando um distanciamento entre o dinheiro e o ilícito, a fim de dificultar o rastreamento[46]. Por fim, a reinversão concretiza o crime. É o momento em que os valores estão prontos para serem reintegrados ao mercado financeiro com aparência de lícitos.[47]

Salienta-se que a legislação brasileira e os Tribunais Superiores[48] não têm exigido que seja completo o ciclo delitivo para que ocorra a imputação do agente,

---

42. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 33.
43. FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. *Comentários críticos à Lei brasileira de Lavagem de Capitais:* legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.
44. CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 195.
45. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 53.
46. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 32.
47. PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Lavagem de capitais*: (dis) funções político-criminais no seu combate. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 78.
48. "Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de 'lavagem de capitais' mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos

porém, ainda que o crime seja consumado desde a fase inicial, o elemento subjetivo (a vontade real de lavar o capital, reinserindo-lhe na economia formal com a aparência lícita) deve estar presente a fim de configurar o tipo.[49]

No momento da criação, a lei originária previa um rol de crimes antecedentes de forma taxativa. Apenas seria configurada a ocorrência da Lavagem de Capitais se os valores fossem provenientes de atividades como tráfico de drogas, terrorismo, contrabando de armas, sequestro, crimes praticados por organização criminosa e crimes contra a administração pública e o sistema financeiro.[50]

Apesar de extenso o rol brasileiro, não havia previsão alguma para exercer o *ius puniendis* contra aqueles que tinham como crime antecedente a evasão fiscal, os crimes econômicos (em sentido estrito), ou os tradicionais crimes contra o patrimônio.[51]

Em julho de 2012, contudo, a fim de fortalecer o controle administrativo sobre os setores sensíveis à Lavagem de Capitais, bem como atender às pressões internacionais para que houvesse um endurecimento penal no combate ao delito[52], a Lei 9.613/98 foi alterada pela Lei 12.683, de modo a tornar mais eficiente a persecução penal do dito crime.

A primeira das grandes alterações realizada foi justamente a exclusão desse rol taxativo, fazendo cumprir o acordo assumido com a Convenção de Palermo[53], bem como seguir as recomendações mais modernas do GAFI,[54] que têm em seus

(L. 9.613, art. 1º, *caput*): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura" (STF, RHC 80.816/SP, rel. Sepúlveda Pertence, j. 18.06.2001, 1ª T., *DJ* 18.06.2001).

49. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 33.

50. ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. p. 2.

51. Idem.

52. A Convenção de Palermo (2000), as Diretivas Europeias (2001, 2005), a Convenção de Mérida (2003), a Convenção de Varsóvia (2005), bem como as recomendações GAFI (revisadas em fevereiro de 2012), foram todos influenciadores para que se ampliasse a punição da Lavagem de Dinheiro, seja ampliando o rol de crimes antecedentes ou aumentando sua pena (CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2012. p. 218 et seq.).

53. Ratificado pelo Brasil no Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

54. FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. *Comentários críticos à Lei brasileira de Lavagem de Capitais:* legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

textos a exigência de que os países signatários ampliem o rol dos crimes antecedentes de suas leis, trazendo o maior número de delitos quanto for possível.[55]

A partir desse momento, então, passou-se a tutelar toda a lavagem de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.[56]

Mas, pode-se ir além, já que houve a substituição do termo "crime" por "infração penal", tornando possível incluir no tipo penal até mesmo as contravenções penais.[57] E, em decorrência disso, o legislador cria uma tutela exacerbada, gerando punições desproporcionais, vez que pune com a mesma pena mínima cominada o traficante de drogas e o organizador de bingo de quermesse que oculta seu rendimento.[58]

Importante destacar que a própria Convenção de Palermo traz a ampliação desse rol criminoso com ressalvas, já que é considerado como critério básico a necessidade de se tratar de infração grave[59], ou que seja referente a participação em grupos de crime organizado, corrupção e obstrução da justiça.[60]

2.3. O elemento subjetivo da lavagem de dinheiro

O tipo doloso apresenta dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Dita Zaffaroni que a lei, mediante o tipo, individualiza as condutas para satisfazer as circunstâncias tanto do mundo exterior, como as do psiquismo do agente, já que o elemento subjetivo é configurado através da presença do conhecimento e da vontade.[61]

Para a principal teoria de definição do dolo, a Teoria Normativa da Vontade, de Ingeborg Puppe, considera que apenas o conhecimento é realmente necessário

55. RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. p. 3.
56. VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. p. 17.
57. FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. Op. cit., p. 73.
58. EDITORIAL. Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. p. 1.
59. Punidas com pena privativa de liberdade máxima de pelo menos quatro anos.
60. CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2012. p. 218.
61. ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José. *Manual de Direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 1. p. 405 et seq.

para configuração do tipo doloso.[62] E, para comprovação da existência dele devem ser realizadas avaliações objetivas quanto à situação fática, a fim de evitar arbitrariedades.[63]

Ao tratar do delito de lavagem de dinheiro especificamente, Tigre Maia define o elemento subjetivo do tipo penal como sendo o dolo direto, descrito como "a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo (ocultar ou dissimular a natureza, a origem etc.), com conhecimento dos elementos normativos que integrantes deste e sem exigência de qualquer especial fim de agir"[64].

Com destaque para a expressão "consciente", nota-se que o conhecimento ocupa posição de extrema importância no tipo da lavagem e a sua ausência deveria implicar no afastamento da tipicidade.[65]

As dificuldades comprobatórias, principalmente quanto ao elemento subjetivo, e a tendência ao endurecimento penal, têm gerado a flexibilização de direitos e garantias fundamentais do acusado.[66]

Convenções internacionais como a de Merida[67] e Palermo[68], trazem em seus textos que os elementos subjetivos podem inferir como circunstâncias fáticas objetivas. A consciência e vontade passariam a ser analisadas como circunstâncias externas ao fato e à pessoa.

A consequência prática para essa situação é a abertura para ocorrência de interpretações arbitrárias por se querer exteriorizar o pensamento humano, invertendo o ônus da prova de forma implícita.

---

62. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 103.
63. Idem.
64. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.
65. Idem.
66. MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.
67. "Art. 28. O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas" (BRASIL. Decreto 5.687/06).
68. "Art. 6º: 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas" (BRASIL. Decreto 5.015/04).

Como leciona Roxin, as circunstâncias subjetivas possuem importância, mas a avaliação de riscos e distribuição de responsabilidades entre os participantes devem ser feitas pelas circunstâncias objetivas.[69]

O caso de advogado criminalista arbitrariamente acusado de lavagem de dinheiro pelo recebimento de vultosa quantia como forma de honorários advocatícios é um exemplo da situação.[70]

A fundamentação da acusação baseava-se no fato de o cliente não possuir renda lícita para arcar com aqueles custos, e permitir que o advogado fosse pago com aqueles valores seria aceitar que o acusado tirasse proveitos do crime.

A única prova que a acusação possuía era a mera suspeita, que lhe deu margem para criar constrangimento penal ao advogado.

São situações como essa que exemplificam o perigo de imputar objetivamente os agentes. Como relembra Bottini, mesmo que haja comprovação do dolo de forma objetiva, continua sendo necessária a avaliação e demonstração da existência de relação psicológica entre o agente e o fato.[71]

Verifica-se que a razão para aceitar a utilização desses meios flexibilizatórios é que o sistema judiciário tem buscado suprir as dificuldades probatórias da acusação da forma mais barata e rápida, sem avaliação das consequências, ao invés de buscar mecanismos constitucionais que possam comprovar a efetiva ilegalidade da conduta.[72]

Considerar como objetivas as circunstâncias subjetivas gera diversos riscos ao processo penal, invertendo o ônus da prova e eliminando a presunção de inocência ao fazer com que o acusado tenha que comprovar que é inocente.

---

69. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, abr. 2002. p. 11 et seq.

70. Em 2012, Márcio Thomaz Basto foi acusado de lavagem de dinheiro por prestar serviços advocatícios à Carlinhos Cachoeira, empresário acusado de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, entre outros. (BRASIL. Procurador Regional da República. *Representação contra Márcio Thomaz Bastos*. Publicada em 28 mai. 2012. p. 1. Disponível em: [http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/leia-a-integra-da-representacao-contra-thomaz-bastos/]. Acesso em: 03.09.2016).

71. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 139.

72. BADARÓ, Jennifer. Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. In: FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael (Coord.). *Direito penal econômico*: questões atuais. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 454.

3. O advogado, o processo penal e a criminalização da advocacia

O advogado possui função elementar na estruturação da justiça brasileira. Apesar de impopular na opinião pública, a função de garantir a ampla defesa é essencial para assegurar o devido processo legal.

Com a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro o profissional sofre com uma criminalização indireta ao se enquadrar no rol de sujeitos passíveis de responsabilização ao receber honorários ilícitos. Isso porque, em meio a advocacia criminal, sempre há uma possibilidade de desconfiança quanto à origem dos valores recebidos.

Em análise a essas duas questões, discute-se a importância do advogado no processo penal, bem como a atual tendência de criminalização da profissão.

3.1. O advogado no processo penal

A opinião pública sobre um criminoso tem o poder de exterminar a defesa do sujeito. Isso porque, o clamor social cega a aplicação imparcial das leis, dificultando que a defesa seja realizada de forma efetiva, trazendo terríveis danos à vida de um réu de um processo criminal.[73]

É tão forte a opinião pública que clama por justiça a qualquer custo que, muitas vezes, o advogado é confundido com o seu cliente, sendo visto na condição de coautor do crime.[74]

É por isso que se considera que o advogado/defensor criminalista tem uma importância tremenda no processo criminal. Esse profissional vai ao encontro da impopularidade em decorrência das pressões sociais que dificultam a defesa do réu, já que torna inexistente a presunção de inocência, em prol de garantir o cumprimento da Justiça e a aplicação de uma pena justa.[75]

Para Rui Barbosa a função da defesa é ser voz dos direitos legais de um acusado, seja ele inocente ou criminoso, pois cabe ao advogado reivindicar um tratamento

73. BARBOSA, Rui. *O dever do advogado, carta a Evaristo de Morais*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002. p. 36.

74. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2, jan.-jun. 2005. p. 144.

75. BARBOSA, Rui. *O dever do advogado, carta a Evaristo de Morais*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002. p. 39.

justo durante o seu julgamento (com o devido respeito às garantias legais, como a equidade, imparcialidade, humanidade).[76]

Assim como a acusação, a defesa é uma arte. A diferença consiste no fato de que a liberdade é o estado pressuposto para o ser humano, sendo direito constitucionalmente garantido inclusive, por essa razão, deve ser destacado o brilho daqueles que lutam pelo encarceramento justo de um indivíduo.[77]

A realização da defesa criminal não significa dizer que o advogado concorda com as práticas de seu cliente, ou é delas cúmplice. Qualquer processo legal tem a necessidade da presença tanto da acusação, como da defesa, ou seja, por mais cruel que seja o delito, isso não torna a defesa menos especial ao processo.

A advocacia criminal é fundamental para assegurar a justiça, pois, como afirmou Raul Chaves "advogar é, na especialidade criminal, obstar, em muitos casos, que juízes e acusadores exerçam seus próprios instintos criminosos na punição dos quem delinquiram".[78]

A busca por um julgamento justo é, então, a primordial função exercida pelo advogado. Amilton Bueno de Carvalho[79] e Jacinto Coutinho[80] destacam que para isso o juiz não deve simplesmente julgar de forma vingativa, mas de maneira mais humana, percebendo a condenação além do repúdio, com base na compreensão do sujeito como Ser Humano, assumindo um compromisso efetivo com as aspirações sociais.

A advocacia criminal vai muito além de apenas proteger um "bandido", ela protege o direito como um todo e suas prerrogativas, assegurando o cumprimento do devido processo legal, evitando que as pressões externas influenciem na efetiva aplicação das normas.[81]

---

76. Ibidem, p. 36-37.
77. MOREIRA, Rômulo. A advocacia criminal. In: COUTINHO, L.; PIMENTEL, F.; RIBEIRO, W. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar.* Feira de Santana: ESA, 2014. p. 299.
78. CHAVES, Raul. *A advocacia criminal nos anos de chumbo*. OAB-SP. p. 127. Disponível em [http://josementor.com.br/wp-content/files_mf/1397772269CORAGEM.pdf]. Acesso em: 03.11.2016.
79. CARVALHO, Amilton Bueno. *O (im)possível julgar*. p. 18. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 29.03.2017.
80. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. p. 19. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br]. Acesso em: 29.03.2017.
81. SCHUBERT, Marina. *A (im)possibilidade de responsabilizar ao advogado pelo recebimento de honorários ilícitos*. Monografia – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

3.2. O dever do advogado de comunicar

A possibilidade de enquadrar o advogado no rol de sujeitos obrigados a informar operações suspeitas ao COAF é derivada de recomendação do GAFI (números 22 e 23), que traz a advocacia como Atividade/Profissão Não Financeira Designada (desde 2003), pela qual o advogado passaria a ter o dever de informar ao COAF a respeito de qualquer atividade suspeita que encontrasse ao analisar a conduta do seu cliente.[82]

A questão gerada é que, como afirma Heloisa Estellita, o sigilo profissional do advogado é um dos pilares da administração da justiça em uma sociedade democrática. A obrigatoriedade de o advogado ser transformado em garantidor gera um conflito normativo.[83]

Em profissões em que há um contato direito com outras pessoas, tem-se como habitual o estabelecimento do dever de sigilo para o profissional, a fim de garantir a confiança entre as partes. E, como afirma Miguel Reale Júnior, para o melhor exercício da defesa, o advogado deve conhecer o seu cliente.[84]

Isso porque a Justiça Material demanda uma defesa técnica e o profissional só será capaz de o fazer se estiver em posse de todas as informações relevantes.[85] Para isso, deve haver a segurança de que aquilo que foi abertamente confessado ao advogado não será exposto ou usado como uma acusação.[86]

O Código de Ética do Advogado dita que o profissional deve "aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal"[87], e o seu descumprimento pode gerar consequências disciplinares, civis ou até mesmo penais.[88]

---

82. ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 12.
83. Ibidem, p. 14.
84. REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*. p. 78. Disponível em [www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF]. Acesso em: 01.09.2016.
85. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 129. abr. 2016. p. 135.
86. REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 78.
87. BRASIL. *Código de ética do advogado*. Preâmbulo. Disponível em [http://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf]. Acesso em: 02.09.2016.

A fim de garantir o sigilo, é previsto inclusive a inviolabilidade ao local de trabalho e seus instrumentos, sendo qualquer meio de comunicação entre cliente e advogado protegido. A única exceção ocorreria quando há investigação realizada contra o próprio advogado, contudo, são mantidos o sigilo e a proteção quanto aos outros clientes. [89]

E, já que o advogado pode atuar como assessor ou consultor jurídico, a prerrogativa do sigilo deve ir além dos casos judiciais,[90] pois esses profissionais atuam analisando a situação jurídica do seu cliente ou da operação por ele pretendida, porém, sem uma relação direta com o litígio.[91]

Ocorre que, com a inovação legislativa, que aumentou a lista de sujeitos obrigados a comunicar sobre operações suspeitas aos órgãos de fiscalização, o art. 9º, XIV, inclui "serviços de assessoria, consultoria", e são essas atividades compatíveis e exercidas por um advogado no dia a dia, gerando um conflito entre o dever de sigilo e o dever de comunicação.[92]

É inegável que a possibilidade de enquadrar o advogado nesse rol traria ao profissional um dever inerente de pesquisar sobre seu cliente a fim de se descobrir elementos suficientes para comprovar a (i)licitude do dinheiro.[93]

A partir desse momento, condiciona-se a possibilidade de aceitação de um cliente, criando uma restrição ao profissional para exercer representações judiciais a fim de evitar possíveis sanções[94].

---

88. REALEJÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*. p. 78. Disponível em: [www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF]. Acesso em: 01.09.2016.
89. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 129, abr. 2016. p. 137.
90. Estatuto da Ordem do Advogados: "Art. 1º São atividades privativas de advocacia: II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas."
91. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 138-144.
92. TEBET, Diogo. Lei de Lavagem de Dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. *Boletim IBCCRIM,* n. 237, ago. 2012. p. 17.
93. RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.
94. Como a lei de Lavagem de Dinheiro é norma que tutela um bem jurídico de suma importância, nela há a previsão que aqueles profissionais que deixarem de cumprir os deveres impostos pela lei, são passíveis de algumas sanções, podendo ser elas: advertência,

Esses deveres de informação e de investigação entram diretamente em choque com o princípio fundamental estabelecido constitucionalmente: o livre exercício da profissão[95], bem como com a visão de ser o advogado figura essencial para a promoção da Justiça.

Em razão de se evitar maiores danos sociais, a recomendação de número 23 do GAFI excluiu da abrangência da lei os profissionais do direito que estivessem atuando no âmbito jurídico, seguindo o mesmo caminho das diretrizes europeias, como a Diretiva 2005/60/CE[96].

Nesse sentido, dispôs o GAFI, em nota interpretativa relativa à recomendação 23, que o dever de comunicação de operações suspeitas não se aplicaria "se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal"[97].

---

multa pecuniária, inabilitação temporária e, até mesmo, cassação da autorização para operação ou funcionamento. SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. *Boletim n. 237*, IBCCRIM. Publicado em agosto de 2012. p. 8. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf]. Acesso em: 29.08.2016.

95. "Art. 5º. [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

96. "Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas atividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos". Parlamento Europeu e do Conselho. *Diretiva 2005*: relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. 26 out. 2005. p. 3. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=PT]. Acesso em: 29.01.2017.

97. FATF-GAFI. *As recomendações do GAFI:* padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. Tradução Deborah Salles e revisão Aline Bispo sob coordenação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: [www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi]. Acesso em: 12.05.2019.

Apesar de aparentemente solucionado o conflito, um segundo ponto deve ser debatido: nem sempre o advogado já estará prestando serviços jurídicos quando se deparar com o possível ilícito. Para isso, Heloisa Estellita e Pierpaolo Bottini, dividem as atividades advocatícias em três grupos principais a fim de melhor avaliar sobre a possível imposição da obrigação imposta pela lei de Lavagem de Dinheiro.

Para os advogados que atuam em contenciosos judiciais/extrajudiciais ou que prestam assessoria e/ou consultoria voltada para análise de situações jurídicas, não é possível haver incidência alguma do dever de informação.[98]

Já os profissionais que desempenham operações que podem ser feitas por qualquer indivíduo[99] – não abarcados pelas exceções da OAB – nesse caso, haveria o dever de comunicação, conforme os termos legais.[100]

Já o terceiro grupo, aqueles que realizam aconselhamento jurídico sobre operações tributárias ou societárias, por exemplo, sem que haja um litígio em andamento ou uma antevisão clara, havendo a impossibilidade de se traçar uma separação inequívoca, deve prevalecer o sigilo e inviolabilidade, com o objetivo de proteger a relação profissional previamente estabelecida.[101]

Apesar da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro ter como objetivo proteger a sociedade, não se pode permitir que firam os princípios e normas constitucionais, com a justificação do *in dubio pro societate*, uma vez que o exercício da advocacia tem sua importância constitucionalmente reconhecida, conforme o art. 133 da CRFB.

E, conforme pronunciamento da Ordem dos Advogados, não há possibilidade de lei genérica revogar princípios e artigos de lei específica, sem que seja realizado de forma explícita. Por conta disso, torna-se a norma imposta pela Lei de Lavagem de Dinheiro inaplicável ao advogado.[102]

---

98. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 129, abr. 2016. p. 140.

99. As consultorias estritas ou operações extrajudiciais, por exemplo.

100. ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 22.

101. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 140.

102. "Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional

3.3. A criminalização da advocacia

A imposição ao advogado do dever de investigação e de comunicação de atividades suspeitas de seu cliente, como se viu, é incompatível não só com o Estatuto da Advocacia, como também com a Constituição Federal, ignorando a essencial função de tal profissão na promoção da Justiça.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no julgamento do caso Versini-Campinchi e Crasnianski *vs.* França, entendeu pela inexistência de violação ao art. 8º da Convenção Europeia, que versa sobre o direito de respeito à vida privada e familiar, na conduta de interceptação da conversa telefônica entre o cliente e seu advogado. A decisão foi fundamentada na suspeita de que havia possibilidade de participação do advogado no comportamento ofensivo[103].

No âmbito nacional, é importante mencionar a decisão da juíza Selma Rosane Santos Arruda, da 7ª Vara Criminal de Cuiabá, que decretou a prisão ex-presidente da seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil, Francisco Faiad, sob o argumento de que "advogados criminalistas têm conhecimento de fatos que poderão ser manipulados para atrapalhar a instrução criminal"[104].

O fato motivou manifestação de repúdio pela Ordem dos Advogados do Brasil, em âmbito nacional, sob o argumento de que a ilegalidade da fundamentação decisória na decretação da prisão preventiva utilizada pela magistrada feriu não só o princípio da presunção de inocência, como também os próprios requisitos legais para a segregação cautelar, uma vez que a imposição da medida se lastreou em mera hipótese extraída, sem qualquer indicação concreta

---

e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los" (BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Processo 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB. Relatora: Daniela Teixeira. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/lei-lavagem-profissionais-liberais-adi.pdf]. Acesso em: 03.04.2019.

103. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France* (application n. 49176/11). Disponível em: [www.pila.ie/download/pdf/judgmentversinicampinchiandcrasnianskivfrancetranscriptionoftelephoneconversationbetweenalawyerandherclient.pdf]. Acesso em: 12.05.2019.

104. OAB NACIONAL. *OAB repudia criminalização da advocacia.* Disponível em: [www.oab.org.br/noticia/54806/oab-repudia-criminalizacao-da-advocacia]. Acesso em: 12.05.2019.

na decisão de que o advogado estivesse causando qualquer tipo de obstrução à investigação[105].

Situação de semelhante natureza ocorreu com o vazamento para a imprensa das conversas interceptadas entre o advogado Marcelo Leal, OAB-DF, e seu cliente, o ex-ministro do Turismo Henrique Eduardo Alves. No referido caso, a Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal manifestou seu repúdio contra o ocorrido, uma vez que o advogado sequer figurava no rol de possíveis investigados, tendo sofrido a medida, portanto, pelo simples exercício da atividade profissional de defesa criminal[106].

Merece destaque, ainda, o Projeto de Lei 442/2019, que pretende alterar a Lei 9.613, de 1998, para inserir nova figura delitiva em seu art. 1º, tipificando, expressamente, a conduta daquele que "receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado"[107].

A justificativa apresentada pelo Deputado Rubens Bueno (PPS/PR), autor do projeto, é que "o pagamento de honorários advocatícios por criminoso, com recursos da atividade criminosa, tem o condão de lavar o dinheiro, que entra no mercado sem quaisquer vestígios de sua origem"[108]. Note-se que a proposta está lastreada em manifesta presunção de culpa, uma vez que incide sobre situações em que não há condenação alguma contra o sujeito processado.

Vale recordar, inclusive, a previsão inscrita no art. 91, inciso II, alínea *b*, do Código Penal, que determina, como efeito da condenação, a perda do produto do crime, bem como dos demais proveitos auferidos a partir do ato ilícito. Dessa maneira, ao se impor a presunção de que o capital utilizado por réu em processo criminal é de origem ilícita, prevendo, ainda, a responsabilização do respectivo advogado representa, a um só tempo, manifesto ato de criminalização da advocacia e de inviabilização do amplo exercício do direito de defesa por parte do acusado.

Portanto, passa o advogado que cumpre o dever ético de sigilo a ser visto não como fiel cumpridor de sua atividade profissional, mas como indivíduo delinquente, sujeito, inclusive, às medidas de controle jurídico-penais.

---

105. Idem.

106. OAB/DF. *Moção de apoio em relação ao advogado Marcelo Leal*. Disponível em: [www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2017/09/marcelo-leal.pdf]. Acesso em: 12.05.2019.

107. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 442/2019*. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114]. Acesso em: 12.05.2019.

108. Idem.

4. A busca pelo endurecimento penal e a teoria da cegueira deliberada

A sociedade de riscos trouxe como consequência direta o endurecimento penal. Nessa linha, o ordenamento brasileiro importou a teoria da cegueira deliberada a fim de abranger uma possibilidade maior de punir crimes até então de difícil comprovação.

Poucos são os estudos reais dos impactos da teoria em relação aos princípios regentes no Brasil, bem como quanto aos efeitos colaterais que podem ser gerados pela mesma, por exemplo, a criminalização da advocacia.

Nesse capítulo estuda-se sobre a teoria e sua possível equiparação com o dolo eventual, a sua (in)compatibilidade no ordenamento brasileiro, bem como os riscos gerados à advocacia e à sociedade como um todo.

4.1. Sobre a teoria

A "willful blindness"[109] teve início nas cortes inglesas, no caso Regina *vs. Sleep*, em que apesar de não ter havido condenação, manifestou-se que caso indícios suficientes fossem encontrados de que o acusado deliberadamente havia evitado o conhecimento, poderia ser considerado culpado por sua ignorância deliberada.[110]

Aplicada tradicionalmente nos países que adotam o *commom law,* tem como objetivo retirar o conhecimento do tipo objetivo, a fim de imputar aos sujeitos.[111]

Na divisão norte-americana, principal berço teórico, o *means rea* engloba, em comparação à lei brasileira, tanto elementos subjetivos da tipicidade como da culpabilidade.[112]

A chamada "intenção", é dividida em: intenção, conhecimento, imprudência e negligência. Sendo neste trabalho avaliados o conhecimento e a imprudência.

---

109. Também conhecida como "Instruções do Avestruz" (*ostrich instructions*) ou "Evitação da Consciência" (*conscious avoidance doctrine*).

110. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 139.

111. RODRIGUEZ, Shawn D. Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 30, 2014. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6]. Acesso em: 23.04.2017. p. 23-24.

112. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. Op. cit., p. 125.

Inicialmente, para considerar que o sujeito possui o conhecimento do fato é necessária a presença da consciência real sobre a existência dele, indo além do mero reconhecimento de probabilidade.[113]

Devendo o fato a ser conhecido ser referente a evento passado ou presente, nunca futuro, já que, neste caso, tornar-se-ia uma previsão, independentemente das altas chances de ocorrência.[114]

Robin Charlow esquematiza o conhecimento afirmando que este é configurado quando o sujeito acredita na sua veracidade; sendo esse sentimento acompanhado pela subjetividade ou crença da realidade do conhecimento.[115]

Já a imprudência, ou *reckless,* é espécie de elemento subjetivo, em que se coloca um bem jurídico em perigo, entretanto, sem que haja a intenção.[116] Responde, então, o réu por um risco percebido e conscientemente ignorado.[117]

Diferenciando o instituto do agir com conhecimento, percebe-se que o agente, quando atua de forma imprudente – segundo a legislação norte-americana – está ciente da possibilidade, mas nada mais que isso; possuindo uma ciência, pelo menos, menor que a certeza.[118]

Para a correta aplicação da *Willful Blindness* deve-se, então, verificar se o sujeito agiu de forma deliberada para evitar o conhecimento sobre o fato delitivo. Ou seja, se com consciência e, tendo como objetivo burlar a responsabilização por conhecer sobre o fato delitivo, agiu-se de forma proposital em desconhecer sobre os fatos.[119]

---

113. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, n. 2, Summer 1990. p. 222. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc]. Acesso em: 01.02.2019.

114. CHARLOW, Robin. Willfil Ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70. p. 1376. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.hofstra.edu]. Acesso em: 31.01.2019.

115. CHARLOW, Robin. Willfil Ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70. p. 1373. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.hofstra.edu]. Acesso em: 31.01.2019.

116. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 83.

117. CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 128.

118. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1380.

119. RODRIGUEZ, Shawn D. Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror. *University of Pennsylvania Journal of*

Renato de Mello Jorge Silveira aponta como requisitos de aplicação (1) o alto risco de conhecimento da existência de um fato elementar de crime; e (2) que o sujeito tenha deliberadamente agido de forma a evitar conhecimento condenador.[120]

Ocorre que, as altas chances de um sujeito conhecer sobre um fato, faz com que se gere a suposição que ele deliberadamente ignorou-o. A evitação ao conhecimento não é necessariamente intencional, podendo representar negligência ou descuido.[121]

O erro quanto à diferenciação desses institutos pode, consequentemente trazer uma condenação injusta, imputando ao sujeito com base no seu conhecimento quando este poderia ser meramente negligente.[122]

A aplicação da Teoria não pode ser realizada de forma arbitrária, devendo ser apresentadas provas quanto ao pleno conhecimento da elevada possibilidade de existência de fato criminoso e, sendo o sujeito indiferente ao mesmo.[123]

O endurecimento penal gerou uma confusão entre os institutos, tornando o conhecimento, a negligência e a cegueira deliberada de forma igualmente culpável, violando direitos constitucionais ao impossibilitar a criação de prova legítima e inverter o ônus da prova.[124]

4.2. O dolo eventual e a lavagem de dinheiro

Uma segunda grande alteração produzida na lei de Lavagem de Dinheiro, ocorrida em 2012, foi a supressão do termo "que sabe" do texto legal[125] no art. 1º, § 2º, I da Lei.

International Law, v. 30, 2014. p. 24. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6]. Acesso em: 23.04.2017.

120. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, set-out. 2016.

121. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1398.

122. RODRIGUEZ, Shawn D. Op. cit., p. 728.

123. PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182]. Acesso em: 21.04.2017. p. 14.

124. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, n. 2, Summer 1990. p. 231-232. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu]. Acesso em: 01.02.2019.

125. Como texto legal antes tinha-se: "Utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes

A partir daí o legislador deixou clara sua intenção em tornar criminosa qualquer utilização de bens em atividades econômicas, por meio da abrangência da tutela legal,[126] passando a agregar a punição pelo dolo eventual.[127]

E uma das maiores discussões doutrinárias atuais quanto ao delito de Lavagem de Dinheiro é sobre a possibilidade de aplicação do instituto do dolo eventual de fato, verificando até que ponto seria o conhecimento exigido para a configuração normativa.[128]

Enquanto autores como Marco Antônio de Barros e Thiago Silva, acreditam que o tipo da Lei 9.613/98 apenas admite o dolo direito, havendo necessidade de conhecimento da proveniência ilícita[129], Tigre Maia já traz entendimento oposto, ao defender o dolo eventual, por ser o dolo da lavagem configurado com a vontade de realizar o tipo com o conhecimento dos elementos integrantes.[130] Carla de Carli possui entendimento semelhante, afirmando ser caracterizada a lavagem de dinheiro quando o agente assume o risco de que os bens possam ter origem ilícita.[131]

Destaca-se o posicionamento de Pierpaolo Bottini, que relembra que impor o dolo eventual ao delito é impor uma custosa carga às atividades econômicas e financeiras, pois sempre é possível duvidar quanto à procedência de determinado bem. Logo, em razões de política criminal, não deveria haver a aplicação do instituto.[132]

---

referidos neste artigo" sendo modificado por: "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal".

126. VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM,* n. 237, ago. 2012. p. 17.

127. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 162.

128. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 166.

129. BARROS, Marco Antônio De; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direito e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, v. 957, jul. 2015. p. 210-211.

130. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 88.

131. CARLI, Carla Verissimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 187.

132. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 141-142.

O resultado prático é que pode o agente ser considerado culpado mesmo quando não possua dolo específico de camuflar a origem do dinheiro para reinseri-lo, bastando aceitar sua possibilidade de ocorrência, bem como seu resultado.

4.3. A (in)compatibilidade no ordenamento pátrio

A Teoria da Cegueira Deliberada passou a ser constantemente utilizada para amparar as condenações criminais por lavagem de dinheiro. Isso porque, a sua retroalimentação fez com que ela ganhasse força ao longo dos anos.[133]

O furto ao Banco Central, a Ação Penal 470 e a recente Operação Lava Jato, trouxeram a Teoria ao centro do ordenamento brasileiro.

Por não haver qualquer previsão normativa a seu respeito, os tribunais equiparam-na ao dolo eventual, sem, contudo, fazer a análise de fato quanto aos seus requisitos.[134]

Para Ragués i Vallès, essa aplicação é em decorrência da ausência de proporcionalidade por vezes ocorrente, já não são raras as situações em que ocorre a impunidade por não haver a completa configuração dos elementos do dolo.[135] A onda criminalizadora atual criou a abertura dos conceitos a fim de abarcar situações assim.

Sobre os riscos de uma extensão arbitrária da lei, Badaró e Bottini, ao cogitarem a aplicação da teoria, sugerem a necessidade de se delimitar os contornos dela, a fim de evitar que ocorram aplicações arbitrárias. Já que há situações em que por desídia ou falta de atenção o agente deixa de reconhecer os riscos de sua atividade, ocorrendo a lavagem de dinheiro "imprudente", não tutelada no ordenamento brasileiro por inexistir a figura da culpa.[136]

---

133. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 78. Disponível em: [https://bit.ly/2Lkn1tJ]. Acesso em: 08.03.2019.

134. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 192.

135. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. p. 19.

136. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 146.

Os critérios trazidos assemelham-se aos listados quanto a *Willful Blindness:* a criação de barreira voluntária ao seu conhecimento, com a intenção expressa em deixar de conhecer a atividade ilícita, acreditando o agente que essa falta de conhecimento facilitará a prática de atos infracionais.[137]

Significa dizer que para esses autores, somente haveria equiparação ao dolo eventual com a Cegueira Deliberada quando houvesse a criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento sobre delitos.[138]

Por ser a *Willful Blindness* uma forma intermediária de imputação, com uma estrutura semelhante a culpa e valor equiparado ao dolo eventual[139], há situações em que problemas de proporcionalidade passam a ocorrer, pois, diversas situações distintas passam a ser enquadradas no mesmo título normativo.[140]

Mas, além da desproporcionalidade gerada, o legislador nacional trouxe uma limitação ao significado do dolo, exigindo a presença do conhecimento e, consequentemente, tornando-o incompatível com a Cegueira Deliberada.

Por ser o conhecimento o essencial para a formação do dolo, e a ausência deliberada dele como requisito primário para aplicação da Teoria, há um descompasso entre os institutos.[141]

A tendência em querer prevenir e punir crimes a baixo custo tem gerado a flexibilização das normas, sem haver a preocupação devida com a legalidade.

Como afirma Luís Greco, o tratamento dado ao autor não pode simplesmente instrumentalizá-lo e desrespeitá-lo.[142]

---

137. Idem, p. 144-145.

138. Ibidem, p. 146.

139. SOL, Inés Sandro. *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa? "La mejor manera de no saber, es no querer saber"*. Tesinas de Belgrano; 505. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012. p. 21. Disponível em: [https://bit.ly/2Mn5EZD]. Acesso em: 28.03.2019.

140. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. p. 32.

141. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 255-280, set.-out. 2016.

142. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). Liber amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 892.

No direito penal norte-americano há espaço e legislação pertinentes para a aplicação da teoria, vez que diferencia-se os institutos do *knowlegde* e *recklessness*. Enquanto no Brasil equipara-se o primeiro ao dolo eventual e o segundo à culpa consciente, sem, contudo, fazer-se a análise devida dos institutos, já que o *recklessness,* por exemplo, seria um meio termo, podendo abarcar ambas as situações.[143]

A *Willful Blindness* é aplicada nos países adotantes do *commom law* como uma forma de substituir o conhecimento sobre os elementos objetivos da norma, havendo, contudo, delimitação expressão no ordenamento brasileiro.[144]

A existência de previsão quanto à importância da presença do conhecimento na formação do dolo faz com que a sua desconsideração viole com o princípio da legalidade.[145]

Além disso, pode-se justificar que o sujeito que possui o conhecimento sobre os fatos gera uma conduta de maior desvalor daquele que não o possui, vez que, o domínio sobre o fato justificaria a punição mais severa, tanto por aumentar a prevenção, como a responsabilização do agente.[146]

4.4. Os riscos à advocacia e à sociedade com a aplicação da teoria

Como já se destacou, no plano objetivo, a imputação do delito de lavagem de capitais ao advogado que deixa de informar ao COAF a prática, por parte de seu cliente, de uma atividade suspeita tem sido fundamentada no dever importo no art. 9º, inciso XIV, da Lei 9.613, de 1998. O dispositivo sujeita as pessoas físicas e jurídicas que prestem, ainda que eventualmente, serviços de assessoria e consultoria ao dever de identificação de clientes e de manutenção de registros, bem como à obrigação de comunicação das operações suspeitas.

---

143. HERNANDES, Camila Ribeiro. *A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro.* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. p. 121.

144. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 171. Disponível em: [https://bit.ly/2Lkn1tJ]. Acesso em: 08.03.2019.

145. BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 196.

146. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). Liber amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 893.

A complementação dada pelas recomendações 22 e 23 do GAFI para o tratamento das atividades e profissões não financeiras designadas, por fazer menção expressa ao advogado, enseja dúvidas quanto ao âmbito de responsabilização do profissional pelo descumprimento da respectiva obrigação.

A responsabilidade administrativa decorrente do descumprimento das referidas obrigações encontra-se disciplinada no Capítulo VIII da Lei de Lavagem, que, em seu art. 12, prevê a aplicação, cumulativa ou não, das sanções de advertência; multa pecuniária; inabilitação temporária por até dez anos para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas descritas na Lei e, ainda, cassação ou suspensão da autorização de exercício da atividade, operação ou funcionamento.

A responsabilidade penal, todavia, sempre encontrou no princípio da responsabilidade subjetiva um obstáculo ao estabelecimento do vínculo subjetivo entre agentes pelo simples descumprimento de um dever. Como bem destaca Ricardo Robles Planas, a dificuldade de imputação subjetiva resta ainda mais agravada quando se trata de conduta de participação, uma vez que a maioria dos delitos relacionados à atividade de *compliance* são dolosos[147].

Nesse sentido, conforme entendimento majoritário, não se admitiria imputar o delito de lavagem de capitais ao advogado caso o seu comportamento venha a ser entendido como culposo, dada a impossibilidade de participação culposa em crime doloso, não sendo possível estabelecer, em tal caso, um vínculo capaz de conectar a sua conduta omissiva ao comportamento comissivo do executor da ação.

Além disso, é importante destacar a impossibilidade de concurso de pessoas nos crimes omissivos, não sendo possível falar em coautoria ou mesmo em participação nos referidos casos. Apesar de se tratar de tema controverso, explica Juarez Tavares que os crimes omissivos são "delitos de dever", de maneira que exigem uma especialização do sujeito ativo[148].

Nesse sentido, mesmo em se tratando de tipos penais comuns, aplicáveis, em tese, a toda e qualquer pessoa, a análise da omissão será sempre pessoal, sendo necessário que o sujeito ativo do delito omissivo estivesse apto a agir diante da

147. ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento ("*compliance* officer") ante el derecho penal. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 329.

148. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 405.

situação apresentada e, ainda, que estivesse sujeito a um dever especial de impedimento do resultado. Dessa maneira, "cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante da posição de garantidor"[149].

Nilo Batista, ao abordar os delitos de dever e os concursos negativos, também destaca a dificuldade em aplicar as modalidades de concurso de agentes aos crimes omissivos. Para o autor, ainda que se afirme existir uma causalidade na omissão, adotando-se uma concepção de "causalidade jurídica", nem assim se tornariam dispensáveis os elementos normativos relacionados ao momento causal[150]. Com isso, mesmo sem utilizar a categoria de "delitos de dever", "fica evidente a impossibilidade de fundamentar a disciplina do concurso de agentes na simples causalidade, quando se esteja diante de crimes omissivos"[151].

Entretanto, a utilização da teoria do *Willful Blindness*, em especial dada a imprecisão dos seus critérios de aplicação, pode ser utilizada para fundamentar a tipicidade subjetiva da conduta do advogado que deixa de investigar a origem do capital utilizado pelo seu cliente para pagamento de honorários ou que simplesmente deixe de comunicar aos órgãos de controle a prática de conduta considerada "suspeita" cujo conhecimento tomou no exercício da atividade profissional.

Nesse sentido, o advogado passa a ser pensado como *coautor* ou *partícipe* da prática de lavagem de capitais por não ter se esforçado em conhecer eventuais práticas ilícitas imputáveis ao seu assistido, reputando-se "deliberado" o seu desconhecimento e, com isso, criando-se um vínculo subjetivo entre ambos.

Percebe-se, pois, que a utilização da teoria impõe, de modo reflexo, um dever de investigação por parte do advogado, exigindo que este cumule as funções de defensor e de inquisidor na relação estabelecida com o seu cliente. Determina-se, portanto, a conciliação do inconciliável: exercício de defesa e promoção de investigação de natureza acusatória; respeito ao sigilo e cumprimento do dever de manutenção de registro e de informação aos órgãos de controle.

Para Ivó Coca Vila, o advogado experimenta autêntica situação de conflito de deveres, situando-se entre a obrigação de confidencialidade e a imposição de deveres positivos. Explica o autor que, em tais casos, resta impossível o

149. Idem.

150. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48-49.

151. Ididem, p. 49.

cumprimento cumulativo, uma vez que o cumprimento de um implica, necessariamente, o descumprimento do outro.[152]

Portanto, em sendo concebido o absurdo de se impor ao advogado uma tal obrigação, o seu descumprimento, à luz da teoria da cegueira deliberada, poderá ser perfeitamente interpretado como conduta voltada ao voluntário desconhecimento de prática ilícita, estabelecendo-se, com isso, o vínculo necessário à concretização do concurso de agentes entre o profissional e o seu cliente, confundindo ambos na prática da conduta de lavagem de capitais.

Nesse caso, uma vez entendido o advogado como concorrente na prática de lavagem de capitais, poderá sofrer as mais variadas práticas restritivas, tais como prisão preventiva, interceptação telefônica, ou mesmo busca e apreensão em seu escritório de advocacia, flexibilizando-se as garantias necessárias ao seu livre exercício profissional, o que já vem sendo visto, de modo crescente, nos tempos atuais – não só no âmbito dos tribunais pátrios, como também nas cortes Internacionais, como já se demonstrou.

Dessa maneira, a conduta do advogado de descumprimento do dever de informação aos órgãos de controle referente a dados dos quais tomou conhecimento no exercício profissional representa cumprimento do seu dever de sigilo, necessário ao livre e fiel desempenho de sua função constitucional, jamais podendo ser interpretada tal prática como comportamento criminoso.

Com isso, a utilização da teoria da cegueira deliberada com vistas a estabelecer um suposto vínculo subjetivo entre o profissional e o seu cliente para o fim de imputar o tipo doloso de lavagem de capitais atenta não só contra a pessoa do advogado como também contra o próprio direito de defesa, colocando em grave risco, a um só tempo, a advocacia e a sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante de tudo o quanto foi tratado acerca da relação entre a teoria da cegueira deliberada e os possíveis riscos ao exercício da advocacia, é possível considerar que:

A. Com a sociedade de riscos, há uma tendência global baseada no endurecimento penal. Por conta disso, alterou-se a Lei de Lavagem de Dinheiro, trazendo a possibilidade de facilitar as condenações.

152. VILA, Ivó Coca. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 301.

B. Entre as principais alterações tem-se (1) a exclusão do rol de crimes antecedentes, (2) a supressão do termo "que sabe" do texto do art. 1º, § 2º, I, trazendo dúvidas sobre a possibilidade de aplicação do dolo eventual e (3) a ampliação do rol de sujeitos obrigados a comunicar ao COAF sobre operações suspeitas, que trouxe a possibilidade de enquadrar ao advogado por este profissional também exercer atividades de "consultoria" e "assessoria".

C. No Brasil, o principal elemento caracterizador do dolo é a presença do conhecimento.

D. Os tratados internacionais têm criado a possibilidade de avaliar a existência do crime analisando apenas as circunstâncias objetivas, possibilitando arbitrariedades na aplicação legal.

E. O advogado é essencial para a administração da justiça.

F. O sigilo profissional é um dever ético da classe e fundamental para garantir a confiança junto ao cliente.

G. O advogado apenas possui o dever de comunicar ao COAF sobre operações suspeitas de seus clientes quando não estiver atuando com função típica de advogado, caso contrário, fere com o dever de sigilo inerente a profissão. E mesmo nessas situações deve ser avaliada a situação fática.

H. A Teoria da Cegueira Deliberada é importada dos Estados Unidos e como critérios de aplicação tem-se o alto risco de conhecimento da existência de um fato elementar de crime e que o sujeito deliberadamente evite o conhecimento condenador.

I. A divisão da "Teoria do Delito" norte-americana difere da brasileira, já que a "mente culpada" engloba elementos subjetivos da tipicidade e culpabilidade, na qual o *intent* divide-se em intenção, conhecimento, imprudência e negligência.

J. Na lavagem de dinheiro o elemento subjetivo é dolo direito.

K. O dolo eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada não podem ser considerados como equivalentes. A delimitação criada pelo legislador para o significado de dolo exige a presença do conhecimento, característica que deixa de estar presente na cegueira deliberada, já que o agente agiria de modo a deixar de conhecer.

L. A aplicação da Cegueira Deliberada tem sido realizada no Brasil sem uma análise profunda sobre as singularidades do ordenamento que expressamente exige a presença do conhecimento na formação do dolo, violando o princípio da legalidade.

M. A aplicação da teoria da cegueira deliberada como forma de punir o advogado pelo recebimento de honorários ilícitos traria consigo a possibilidade de imputar a qualquer profissional.

N. O advogado é profissional que lida com riscos, sempre seria possível alegar que houve omissão dolosa quanto ao seu conhecimento e imputá-lo pelo crime de Lavagem de Dinheiro.

O. Não poderá o advogado ser considerado coautor ou mesmo partícipe em razão de sua eventual prática omissiva, já que a imputação dos tipos omissivos pressupõe uma especialização do sujeito ativo ausente no caso, além de demandar análise normativa para além da simples infração de um dever.

P. Não pode o ordenamento cumular a atribuição de deveres conflitantes para o advogado, imponto, a um só tempo, os deveres de comunicação e de sigilo com relação às mesmas informações, conhecidas no exercício da advocacia.

Q. Diante do conflito de deveres, deve prevalecer o dever de manutenção do sigilo, pois é esse o único meio de real garantia do direito de defesa, respaldado na Constituição Federal.

R. A utilização da teoria da cegueira deliberada com o objetivo de atribuir uma responsabilidade subjetiva ao advogado que descumpre o dever de investigação e de comunicação da conduta de seu cliente coloca em risco o exercício da advocacia e os interesses da própria sociedade, pois compromete gravemente o livre exercício do direito de defesa.

Referências

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. *Tribuna Virtual IBCCRIM*, ano 1, n. 3, abr. 2013. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna]. Acesso em: 26.10.2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BADARÓ, Jennifer Falk. *Dolo no crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BADARÓ, Jennifer Falk. Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. In: FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael (Coord.). *Direito penal econômico*: questões atuais. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BARBOSA, Rui. *O dever do advogado, carta a Evaristo de Morais*. 3. ed. ver. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BARROS, Marco Antônio De; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direito e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 957, p. 203-256, jul. 2015.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 129, abr. 2016.

CALLEGARI, André L; WEBER, Ariel B. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2012.

CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno. *O (im)possível julgar*. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 29.03.2017.

CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico* versus *direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CHARLOW, Robin. Willfil ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.hofstra.edu]. Acesso em: 31.01.2019.

CHAVES, Raul. *A advocacia criminal nos anos de chumbo*. OAB-SP. Disponível em: [http://josementor.com.br/wp-content/files_mf/1397772269CORAGEM.pdf]. Acesso em: 03.11.2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br]. Acesso em: 29.03.2017.

EDITORIAL. Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France* (application n. 49176/11). Disponível em: [www.pila.ie/download/pdf/judgmentversinicampinchiandcrasnianskivfrancetranscriptionoftelephoneconversationbetweenalawyerandherclient.pdf]. Acesso em: 12.05.2019.

FATF-GAFI. *As recomendações do GAFI*: padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. Trad. Deborah Salles e revisão Aline Bispo sob coordenação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: [www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi]. Acesso em: 12.05.2019.

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. *Comentários críticos à Lei brasileira de Lavagem de Capitais*: legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). Liber amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul.-dez. 2004.

HERNANDES, Camila Ribeiro. *A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/2Lkn1tJ]. Acesso em: 08.03.2019.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime):* anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência.* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.

MOREIRA, Rômulo. A advocacia criminal. In: COUTINHO, L.; PIMENTEL, F., RIBEIRO W. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar.* Feira de Santana: ESA, 2014.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OAB-DF. *Moção de apoio em relação ao advogado Marcelo Leal*. Disponível em: [www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2017/09/marcelo-leal.pdf]. Acesso em: 12.05.2019.

OAB NACIONAL. *OAB repudia criminalização da advocacia*. Disponível em: [www.oab.org.br/noticia/54806/oab-repudia-criminalizacao-da-advocacia]. Acesso em 12 de maio de 2019.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Diretiva 2005*: relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. 26 out. 2005. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu]. Acesso em: 29.01.2017.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Lavagem de capitais*: (dis) funções político-criminais no seu combate. Salvador: JusPodivm, 2011.

PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182]. Acesso em: 21.04.2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*. Disponível em: [www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF]. Acesso em: 01.09.2016.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, n. 2, Summer 1990. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc]. Acesso em: 01.02.2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el derecho penal. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

RODRIGUEZ, Shawn D. Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 30, 2014. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6]. Acesso em: 23.04.2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 38, p. 11-31, abr.-jun. 2002.

SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf]. Acesso em: 29.08.2016.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideo: B de F, 2011.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 11, p. 61-89, nov.-dez. 2014.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro*: críticas penais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2012.

SCHUBERT, Marina. *A (im)possibilidade de responsabilizar ao advogado pelo recebimento de honorários ilícitos.* Monografia – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 255-280, set.-out. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2, p. 143-167, jan.-jun. 2005.

SOL, Inés Sandro. *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa? "La mejor manera de no saber, es no querer saber"*. Las tesinas de Belgrano n. 505. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012. Disponível em: [https://bit.ly/2Mn5EZD]. Acesso em: 28.03.2019.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco.* Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEBET, Diogo. Lei de Lavagem de Dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012.

VILA, Ivó Coca. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 122/255-280 (DTR\2016\22988);
- A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores, de André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber – *RBCCrim* 133/17-35 (DTR\2017\1841);
- A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470, de Letícia Burgel – *RBCCrim* 129/479--505 (DTR\2017\390);
- Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, de Marco Antonio de Barros e Thiago Minetti Apostólico Silva – *RT* 957/203-256 (DTR\2015\9539); e
- O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada, de Isabela Tarquinio Rocha Câmara – *RBCCrim* 141/61-91 (DTR\2018\8693).

Branqueamento de capitais: a relação do advogado. Prevenção e repressão *versus* deveres deontológicos no contexto luso-brasileiro

Money laundering: the attorney's relationship. prevention and repression versus *deontological duties in the Portuguese and Brazilian context*

Bernardo Araujo da Luz

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (2016-2021); Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra (2014-2016); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS (2007-2012); Professor dos módulos "ciências criminais integradas" e "legislação penal especial" do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da Estácio – FAP. Advogado.
bernardo@snmladvocacia.com.br

Recebido em: 11.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do(a) autor(a): 16.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Cuida-se de *paper* confeccionado com o propósito de fomentar algum diálogo profundo com a academia brasileira, no âmbito das ciências criminais, contando com sua propagação por intermédio da Revista Brasileira de Ciências Criminais, no dossiê 159 do catálogo. A exposição contempla o problema de eventual conflito entre os deveres de denúncia, informação e colaboração do advogado quando em comento situações que envolvem práticas – ou suspeitas – de branqueamento de capitais no sentido da preservação da prevenção e repressão destes delitos e os deveres de segredo profissional, prerrogativas da advocacia e a efetivação do direito de defesa (princípio da confiança).

Palavras-chave: Branqueamento de capitais – Prevenção e repressão – Deveres deontológicos – Atuação do advogado.

Abstract: It´s about a paper prepared with the purpose of fomenting some deep dialogue with the Brazilian academy, in the scope of the criminal sciences, counting on its propagation through the Brazilian Journal of Criminal Sciences, in the dossier 159 of the catalog. The exposition contemplates the problem of possible conflict between the duties of denunciation, information and collaboration of the lawyer when dealing with situations that are involved in practices – or suspicions – of money laundering in scope of guarantee the prevention and repression of these crimes and the duties of secrecy professional, prerogatives of the law and the realization of the right of defense (principle of confidence).

Keywords: Money laundering – Prevention and repression – Ethical duties – Attorney acting.

Luz, Bernardo Araujo da. Branqueamento de capitais: a relação do advogado. Prevenção e repressão *versus* deveres deontológicos no contexto luso-brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 159. ano 27. p. 149-175. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

Sumário: Introdução. 1. Branqueamento de capitais. Panorama geral. 2. A cegueira deliberada e os honorários maculados: uma descrição tendente a avalizar as perspectivas conclusivas. 3. Deveres/direitos deontológicos do advogado. 4. A relação do advogado e o branqueamento de capitais. Aspectos legais de imposição de deveres preventivos e repressivos. 5. O problema em testilha: as prerrogativas do advogado em defronte com o dever de colaborar/informar. 6. Uma ilação possível: da colidência de valores tão caros à efetivação da justiça e da perquirição de delitos de elevada nocividade social, o que importa que seja prevalente?. Conclusão. Referências.

Introdução

O direito penal transnacional vem se consolidando como um dos ramos jurídicos mais caros à comunidade global. Deve, pensamos, manifestar-se de maneira tendente a preservar os direitos da humanidade e a ordem entre os cidadãos do mundo. Neste ambiente, temos que as relações transnacionais, nomeadamente no que diz respeito aos aspectos econômico-criminais, vêm se fortalecendo, razão pela qual a matéria em apreço tem justificada sua exploração acadêmica e técnica.

E, imersa neste nicho, temos a questão do branqueamento de capitais como um tipo penal que cada vez mais passa a ser explorado pela criminalidade organizada[1]. Cuidamos de uma figura típica que não se prende às fronteiras, tampouco tem suas consectárias malogras exauridas nos entes envolvidos em sua prática. Pode acarretar verdadeiras quebras em escala internacional e imensurável. Daí por que a relevância da temática e pelo que nela nos inclinamos.

Neste contexto de uma criminalidade organizada, internacional, com preponderante atuação econômica e com todos os nefastos resultados que de sua atuação podem advir, nos questionamos: no crime em testilha, do confronto

1. Consoante nos ensina Anabela Rodrigues, a partir do fenômeno da globalização, verificamos a consolidação de um espaço integrado e, podemos dizer, homogêneo. Acontece que, em que pese todo o consectário crescimento e a evolução deste fenômeno, também verificamos que eclodem, para além destas zonas de integração, focos de exclusão. Estes, podemos entender como sendo os paraísos fiscais, onde a criminalidade organizada, comumente, lava o capital de origem ilícita. São, no dizer da A., "[...] a mão esquerda dos países desenvolvidos, cuja mão direita ignora o que a esquerda faz, servindo de válvula de escape à rigidez das regras nacionais regulatórias, estas zonas cinzentas são aquelas onde é produzida e reciclada a criminalidade que será depois desenvolvida nos polos de estabilidade". Aqui vemos até que ponto a gravidade dos movimentos obscuros perpetrados pela criminalidade organizada pode atingir, e pelo que a temática do branqueamento de capitais se amostra importante, nomeadamente sua prevenção e seu combate. (RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? In: *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 186.)

entre a necessidade de sua prevenção e repressão e a preservação dos deveres deontológicos do advogado – tendo ainda como pano de fundo a teoria da cegueira deliberada e a dos honorários maculados – o que deve preponderar? Este, em apertada síntese, o objeto de investigação do vertente trabalho.

Consoante é cediço, estamos diante de um cenário em que a ciência penal se defronta com a chamada nova criminalidade[2], marcada pela organização, internacionalidade, poderio econômico e uma sofisticação no que pertine à execução de ações[3]. Nesse contexto, exsurge a figura do branqueamento de capitais, com a correlata, no Brasil, lavagem de dinheiro. Isso porque essa espécie delitiva se relaciona diretamente com as circunstâncias econômico-sociais que pautam a comunidade hodierna, na medida em que consiste na camuflagem de um determinado patrimônio, necessariamente de origem ilícita, que será reintroduzido na sociedade ou, se quisermos, na economia, como se lícito fosse, se manifestando, portanto, via de regra, como um refinanciamento das organizações criminosas modernas e requintadas[4].

Isso, aduz parcela da doutrina, carrega o principal gravame decorrente deste estilo de crime: acarreta um nefário círculo vicioso da criminalidade que se retroalimenta e prolifera. Neste viés, sobrevém uma relevante fatia dos *experts* indicando que esta situação enseja uma "expansão razoável do direito penal" tendente ao combate ao branqueamento/lavagem.

---

2. A calhar com o assunto em voga, contextualizando, nos escoramos na construção da mesma Autora no sentido de "[que] o crime é um dos sintomas de emergência da sociedade global que, ao mesmo tempo, deixa perceber sua evolução: não só do ponto de vista das ameaças que a espreitam, com a infiltração da criminalidade nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros; mas também porque o crime se adapta às novas formas de socialização: nesta sociedade 'nova' desenvolve-se uma criminalidade 'nova'". (RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – novos desafios, velhos rumos. In: *Lusíada*, Lisboa, série II, n. 3, p. 15, 2005.)
3. No complemento do cenário atual, a lição do argentino Zaffaroni, no seguinte sentido: "La mundialización ha llegado, como no podia ser de otra forma, al ámbito de la criminalidad, y la delincuencia organizada se ha desarrollado empresariales, adoptando en muchos casos formas de gestión, de implantación y extensión en los diferentes Estados muy similar a las técnicas empleadas por las mismas multinacionales". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y crimen organizado*. Conferência proferida na "Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal" (AIDP) em 22 de novembro de 2007 em Guadalajara, Jalisco. Disponível em: [www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf]. Acesso em: 31.01. 2017.) Daí a reiteração da gravosidade das práticas de branqueamento quando levadas a efeito pelas organizações criminosas.
4. Conceito harmonioso na doutrina.

E, aqui, salientamos, o enredo que linka os assuntos a serem abordados nessa incursão acadêmica. Em razão da gravidade dos reflexos oriundos das condutas levadas a efeito pelos "branqueadores", da robusta dificuldade no sentido de sua perquirição[5] no compasso com a necessidade de sua prevenção e repressão, da possibilidade de aplicação da cegueira deliberada e dos honorários maculados, teriam estes elementos o condão de afastar os deveres deontológicos do advogado e se lhe atribuírem uma necessidade de denúncia, abstenção e inviabilidade de auferimento remuneratório? Eis o objeto fulcral em direção ao qual tenciona o deslindar esta empreitada. Emerge, neste tipo de crime, um alargamento punitivo estatal, nomeadamente no que diz com a relação do advogado nas hipóteses concretas? Analisá-lo-emos.

Será então observado o crime de branqueamento de capitais.

Transpassadas, perfunctoriamente, as realidades jurídicas portuguesa e brasileira, passaremos à verificação descritiva da teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados, sempre envergando para a discussão central sobre a qual assenta a proposta ventilada.

Por derradeiro, situada a questão e a relação destas teorias ora referidas com o problema proposto, será então enfrentada a questão fulcral que se põe: a relação do advogado e o branqueamento. Debruçar-nos-emos, conforme o próprio

5. A questão importa sobremaneira no sentido de instruir e ambientar a discussão a que pretendemos. E, com absoluta propriedade, fazendo referência a Castro Marquina, a Doutora Anabela Rodrigues demonstra a exata dimensão que envolve a problemática, quando nos ensina que "[...] Acontece que os crimes económicos não deixam, no plano físico, sinais externos que tão facilmente os identificam como crimes que são próprios da generalidade da delinquência convencional. Como refere Gonzalo Castro Marquina: "Se aparece oculto um cadáver, o nosso primeiro impulso será pensar que estamos perante uma vítima de homicídio. Pelo contrário, a mera descoberta de uma série de documentos como os que figuram nos "Papéis do Panamá" não é suficiente para determinar a existência de indícios de crime com um grau de segurança equivalente, embora se levante a suspeita. Provavelmente, na maioria dos casos, bastará para fundar um juízo negativo no plano moral, mas já não no plano legal". Desta forma, desde logo, está a chamar-se a atenção para os problemas da investigação neste domínio. Que passa, imediatamente, pela dificuldade em dilucidar a ilicitude dos comportamentos: a fronteira entre uma fuga lícita ao pagamento de impostos e uma fraude fiscal é muito estreita, já o sabemos, e o mesmo sucede com outras práticas características da delinquência económica. Há múltiplas e sofisticadas maneiras de lhes "dar um banho de legalidade" (expressão cunhada igualmente por Marquina)". (RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – É legítimo? É necessário? Texto disponibilizado pela Autora sob os auspícios do curso de Doutoramento em Direito, ciências jurídico-criminais. Coimbra: 2016.)

enredo recomenda, sobre a questão pormenorizada da prevenção e repressão, dever de informação e colaboração no choque com as prerrogativas profissionais, o poder-dever de segredo, a relação de confiança e o direito à defesa plena.

Ora, a gravidade da figura do branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, *money laudering*, entre tantos termos correlatos, teria o dote de flexibilizar estas específicas circunstâncias que são postas como pano de fundo da presente investigação? Nesse sentido, então, no âmago desta pesquisa, resta-nos, portanto, a análise do tipo penal, os reflexos negativos de sua prática e, por derradeiro, se eventualmente esta – consoante já adiantamos pessoal posicionamento – expansiva censura do direito repressivo se justificaria nomeadamente no que comporta a relação do advogado, sua atuação no sentido de restar resguardado o Estado Democrático de Direito, a defesa plena, a preservação de seus deveres deontológicos, o recebimento dos honorários advocatícios, tudo no paralelo com a necessidade de prevenção e repressão do ilícito em voga.

1. Branqueamento de capitais. Panorama geral

Em que pese não estarmos diante de um trabalho descritivo, pela prudência que a atividade investigativa recomenda, para uma melhor colocação do problema, nos incumbe minimamente conceituar a figura do branqueamento de capitais. Consoante já dito no introito, o delito em comento pode ser definido como o procedimento pelo qual o patrimônio advindo de atividades ilícitas acaba tendo uma ruptura para com essas origens, sendo então ardilosamente jogado no mercado como se legal fosse.

Respaldando-nos pela melhor doutrina, é o mesmo que sedimentar que "O branquemento de capitais é vulgarmente definido como um processo, mais ou menos complexo, mediante o qual se pretende ocultar a origem ilícita de determinados bens, tendo em vista a sua introdução no mercado lícito"[6].

Em outras palavras, é dizer que "[é] o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultada tal procedência, são integrados no sistema econômico e financeiro"[7].

Como é notório, teve sua origem nos Estados Unidos da América, quando em vigência a Lei Seca (proibição da comercialização de bebidas alcoólicas),

6. PINHEIRO, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 12, n. 4, p. 603, 2002.

7. PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 860, p. 438, 2007.

oportunidade em que a criminalidade organizada, à época, passou a se utilizar de lavanderias de roupas e de carros para "esquentar" seu capital oriundo de atividade ilícita, dando ao mercado a ficção de que nestes negócios estaria sua proveniência. O dinheiro do contrabando do álcool era inserido e misturado com aquele supostamente advindo dos serviços de lavanderia. Daí o bastismo: lavagem de dinheiro, branqueamento de capitais, *money laudering*[8].

Este crime, como costuma elencar a harmoniosa doutrina, deve perpassar três fases[9] no sentido de traçar o caminho do sucesso – aqui não visto como consumação do delito – da empreitada criminosa. A primeira etapa do percurso se materializa com a *colocação*. Nesta fase, o dinheiro ou o bem, qualquer que seja, é jogado no sistema econômico. Isso se dá, por exemplo, com a aquisição de bens no mercado, com a criação de empresas de fachada e por aí afora.

Na segunda fase, temos a nominada *transformação*. Nela, o dinheiro a ser lavado é realocado em outro ambiente, ainda que no mesmo segmento ou instituição. Basta que o patrimônio seja movimentado a fim de dificultar sua perseguição, rastreamento, investigação.

Por derradeiro, temos então a terceira fase da marcha do branqueamento. Tratamos da *integração*. Simplesmente aquele proveito econômico até então "sujo", mas já colocado e transformado (movimentado), é submetido a algum agente financeiro dotado de credibilidade . Em simples palavras, o dinheiro ilícito é lançado em um nicho financeiro dotado de respeitabilidade.

Bom, estes conceitos são válidos tanto para a realidade portuguesa quanto para a realidade brasileira. Então, agora, traçamos sinteticamente um paralelo entre o sistema jurídico português e o brasileiro no escopo de minimamente situarmos o leitor.

Em Portugal, em ligeira análise, a figura típica está prevista no artigo 368º-A, do CP[10]. A pena é de prisão, de dois a 12 anos.

---

8. Entre todos: GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 26.

9. Por todos, em especial, em Portugal: BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. No Brasil: GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: ED. RT, 1998. p. 81-82.

10. Artigo 368º-A. Branqueamento:

    1 – Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos

A regulamentação portuguesa tem gênese/influência na Convenção de Viena sobre o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 1988, assinada em Nova Iorque em 1989 e ratificada em 1991 por Portugal. Posteriormente, sofreu também influência da Convenção de Estrasburgo sobre branqueamento, detecção, apreensão e perda de produtos do crime, de 1990, aprovada pela Resolução da Assembleia da República 70/97, ratificada pelo Decreto do Presidente 73/97, além da diretiva do Conselho 91/308/CEE[11].

---

humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n. 1 do artigo 1º da Lei n. 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 – Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

3 – Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 – A punição pelos crimes previstos nos ns. 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 – O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

6 – A pena prevista nos ns. 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 – Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 – Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 – A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 – A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

11. Publicada no JO nº L, 166, de 1991. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 31.01. 2017.

No tocante à sua introdução/consagração ao/no sistema jurídico interno, obedeceu à transposição quando da edição da Lei 11/2004[12], em atendimento à diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2001/97/CEE[13], de 04.12.2001. Houve então sua revogação por conta da Lei 25/2008[14], que complementa a transposição, inserindo igualmente as Diretivas 2005/60/CEE[15] e 2006/70/CEE[16], que rearranjou o teor da Lei imediatamente antes referida.

Bem, em Portugal, o branqueamento está preso à prática de outras infrações, mesmo que eventual condenação não dependa diretamente da apuração pelo mesmo agente de alguma dessas infrações. É que o artigo 368º-A prevê o rol de crimes precedentes, além de uma cláusula geral que remete a todos os crimes puníveis com prisão mínima de seis meses e máxima superior a cinco anos.

Pois bem. O bem jurídico tutelado aqui é, pela ampla e absoluta maioria da doutrina, a realização da justiça, ou seja, a perseguição da atividade ilícita por intermédio do poder Judiciário.

Agora, a respeito do sistema que tutela a espécie no Brasil, a fonte de disciplina do tipo também emana da Convenção de Viena. A doutrina brasileira costuma denunciar tratar-se de um delito relativamente novo, pelo que a jurisprudência ainda se apresenta tímida e titubeante. Isso vem mudando.

No entanto, já que anteriormente nos referíamos ao bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais no Direito Penal português, e considerando que optamos por fazer um paralelo entre os sistemas, já destacamos a total intranquilidade da questão no Brasil, bem ao arrepio da harmoniosa definição portuguesa.

Parte da doutrina aponta ser caso de tutela do mesmíssimo bem jurídico preservado pelo tipo antecedente, ou seja, o mesmo bem jurídico do crime que gerou

12. Sumário: "Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e procede à 16ª alteração ao Código Penal e à 11ª alteração ao Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de Janeiro – [Este diploma foi expressamente revogado pelo(a) Lei n. 25/2008, de 05/06]".
13. Publicada no JO n. L, 344, de 2001. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 31.01. 2017.
14. Sumário: "Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo". Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis]. Acesso em: 16.06.2019.
15. Publicada no JO n. L, 309, de 2005. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 31.01. 2017.
16. Publicada no JO n. L, 214, de 2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 31.01. 2017.

o patrimônio a ser lavado. Outros dizem ser caso de proteção da administração da justiça. Uma terceira corrente assevera que o que está em causa é a preservação da ordem pública. Por último, há quem afirme que o bem jurídico tutelado é a ordem econômica. Acreditamos, como já nos recomendava a doutrina portuguesa, que efetivamente o que se tutela é a administração da justiça[17], o que os doutos lusos denominam "realização" da justiça.

Quanto ao tipo, no Brasil, temos a disciplina da Lei 9.613, de 1998, alterada pela Lei 12.683, de 2012. Com a reforma houve, entre outros, a exclusão do taxativo rol de infrações antecedentes, bastando que a origem do patrimônio a ser lavado seja ilícita para a sua configuração. O artigo 1º da Lei atribui como sanção a reclusão de três a dez anos e multa[18].

Este, o panorama conceitual do crime de branqueamento de capitais. Passamos, então, à conceituação das teorias da cegueira deliberada e dos honorários maculados. Optamos, portanto, por uma definição teorética dos institutos em comento para, em seguida aos capítulos iniciais, enredarmos todos os elementos teórico-técnicos no que se relacionam com o problema da atuação do advogado nos casos em que em perquirição esta espécie delituosa.

2. A cegueira deliberada e os honorários maculados: uma descrição tendente a avalizar as perspectivas conclusivas

Aqui, vamos sinteticamente conceituar a teoria da cegueira deliberada, abordar a questão dos honorários maculados para, depois, munidos destes conceitos, perquirirmos acerca de sua aplicabilidade ou não na hipótese ventilada nesta investigação, assim como se, para além de sua eventual aplicação, um dos ancoradouros ou arcabouços fundamentais para tanto estaria conglobado na perniciosidade do crime de branqueamento de capitais e na necessidade de manter o advogado uma postura íntegra, escorreita e ilibada no sentido de impulsionar a vocacionada administração da Justiça de maneira condigna com os ditames que regem uma sociedade pautada pelo Estado Democrático de Direito.

17. Entre outros: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998. Com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 57-60.

18. Artigo 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Pois bem. O discurso da cegueira deliberada, com todos os seus "nicknames" (*willful blindness;* instruções de avestruz*; ostrich instructions;* evitação da consciência; *concious avoidance; deliberated ignorance*), se origina da doutrina forjada sob a batuta do sistema da *commom law*. Como conceito, trazemos a lume a valorosa lição de Beck, *in verbis*:

> "A doutrina sustenta [...] a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância."[19]

Em sucinta descrição, trata-se de uma construção jurisprudencial tendente a responsabilizar, subjetivamente, o agente que forçosamente ignora ou age de maneira indiferente a uma situação que se lhe apresenta como, mui provavelmente, de origem ilícita e que o mesmo deteria, em situações tais, um dever de garante. Tem, em sua gênese, um precedente inglês de 1861 (*Regina* vs. *Sleep*). Fora, posteriormente, suscitada em 1899, nos EUA (*United Stattes* vs. *Spurr*). No entanto, robusteceu, tomando maiores proporções, no caso *United States* vs. *Jewell*. Na ocasião, Jewell declinou, em sua defesa, desconhecer estar transportando substâncias estupefacientes e quantia de dinheiro, mesmo diante do notório fato de que seu veículo automotor ostentava um "fundo falso"[20].

A matriz teorética do discurso é una. Podemos, portanto, transportá-la para os casos de branqueamento de capitais e, sobretudo, aos casos em que o advogado exerce seu múnus. Acontece que, em verdade, temos que traçar uma ressalva de primeira ordem. Estes casos foram sempre julgados em sistemas de *common law*.

19. BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, v. 41, p. 46, abr.-jun. 2011.

20. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada nm derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 67. No sentido de exemplificar de maneira inabalável o sentido da teoria, o mesmo autor, colacionando a instrução dos jurados no caso "Jewell", assim dedilhou: "A acusação pode satisfazer o valor da prova demonstrando para além de qualquer dúvida razoável que, se o acusado não estava consciente de que havia maconha em seu veículo quando entrou nos Estados Unidos foi porque sua ignorância sobre esta circunstância era apenas o resultado do propósito consciente de ignorar a natureza do que levava no carro, com uma vontade de evitar o conhecer a verdade" – p. 77, em tradução livre.

E, em se tratando de *civil law*? A doutrina[21] e, inclusive, a jurisprudência[22], vêm paulatinamente consagrando a teoria sob o manto da figura técnica do dolo eventual no sentido de acomodar o sancionamento ao sistema jurídico repressivo que rege estes Estados (falamos aqui de Portugal e Brasil, no que nos importa).

No que diz respeito à questão dos honorários maculados, simplesmente devemos transmutar este cenário para a especial atuação de um advogado. Dar-se-ia nas hipóteses em que, por exemplo, o profissional, depois de prestar seus serviços, ainda que de maneira escorreita e prestimosa, recebe sua contrapartida de uma forma tão suspeita que se lhe imprimiria um dever de abstenção, de recusa, de não auferimento do proveito correspondente à prestação do serviço.

E vejamos bem. Não estamos aqui abordando casos em que são pagos honorários fictícios (claramente situações de prática de branqueamento de capitais), mas sim aquelas hipóteses nas quais o profissional cumpre com o contratado e

21. Neste sistema, a teoria vem sendo entendida como sinônimo de dolo eventual, no Brasil, e negligência, em Portugal. Segundo a doutrina, vislumbrados na conduta os requisitos do dolo eventual, para a possível condenação pela *willful blindness*, temos de observar "[...] que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra. A desídia ou negligência na criação de mecanismos de controle de atos de lavagem de dinheiro não é suficiente para o dolo eventual. [Também] há um segundo requisito: o agente deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos infracionais penais sem sua ciência. Assim, se o agente não quer conhecer a procedência dos bens, mas representa como provável sua origem delitiva, e ainda assim realiza a conduta, haverá cegueira deliberada" (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998. Com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 98.) Por ilustrar, no sistema da common law, segundo Moro, os tribunais americanos aplicam o discurso nos casos em que preenchidos os seguintes requisitos: "quando há prova de que: o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, e que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento". (MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99-100.)

22. Neste espectro, temos, como exemplo cintilante, o atual e estratosférico caso da Operação Lava Jato, no Brasil, onde a teoria vem sendo suscitada com robusta frequência. Para aprofundamento: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 122, p. 255-280, 2016.

recebe o que lhe é devido[23]. A controvérsia cinge-se, portanto, na origem do patrimônio que lhe é alcançado a título de contraprestação do serviço.

Ilustramos com o tradicional e popular caso do traficante de entorpecentes que não exerce qualquer atividade lícita e acaba retribuindo seu defensor com pecúnia acondicionada de maneira desordenada, e em muitas notas miúdas, sendo de todo suspeito ser aquele dinheiro proveniente da prática da nociva mercancia. Estamos diante da prática de pagamento de honorários maculados? Diante desta hipótese, tendo o advogado plena consciência de que seu pagamento advém de origem ilícita, pode o mesmo ser penalizado criminalmente, mesmo que não tenha qualquer *intenção* de lavar este dinheiro?

E para além. Teria o advogado que efetivamente se abster? O recebimento deste pagamento seria caso de mantença de uma ignorância confortável, sendo os honorários pagos de maneira maculada no sentido de o dinheiro ser lavado e, mesmo que ausente o dolo pelo advogado, a assunção da possível ilicitude do patrimônio teria a magnitude de lhe incriminar? A natureza da verba advocatícia teria de ser levada em conta? Impor-se-ia a aplicação da teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados em desfavor do advogado? Ou o estatuto próprio do advogado lhe isenta de responsabilização criminal? Nestas questões, consolidamos efetivamente o objetivo precipual da vertente escrita: respondê-las, de maneira satisfatória.

3. Deveres/direitos deontológicos do advogado

O exercício da advocacia compreende uma gama de contingências que importam deveras à sadia manifestação da Justiça. Tanto o é que, consoante é cediço, resta contemplada (a advocacia) como atividade essencial ao exercício regular do Estado Democrático de Direito (administração da Justiça), quer seja nas Constituições da República – portuguesa e brasileira, respectivamente –, quer seja nos Estatutos da Ordem que regem a atividade em que cada uma das pátrias, além de demais dispositivos infraconstitucionais. E mais: imanta uma série de responsabilidades que devem ser sempre resguardadas e empunhadas pelo advogado. No consagrado dizer de Arnaut, o profissional deve lembrar-se de que "[...] a toga não é um privilégio, é uma responsabilidade, porque impõe [ao advogado] o rigoroso cumprimento dos deveres deontológicos [...]"[24].

23. RIOS, Rodrigo Sanchez. *Direito penal econômico*: advocacia e lavagem de dinheiro. Questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

24. ARNAUT, António. *Iniciação à Advocacia*. História – Deontologia – Questões práticas. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 196.

Acontece que, no que se prende com a temática em desenvolvimento, restam verificados, estatutária e eticamente, alguns valores obrigacionais que devem circunscrever o patrocínio advocatício do profissional que milita nesta seara. São alguns dos *deveres deontológicos* do advogado e que, na relação com o delito de branqueamento de capitais, incumbem sejam suscitados no escopo de alcançarmos o objetivo ao qual nos propomos.

Nesse sentido, como um poder-dever, temos a obrigação de *segredo profissional*. Trata-se de um dever que é imposto tanto aos advogados portugueses quanto aos advogados brasileiros. Acima de tudo, se consubstancia como um "[...] fundamento ético-jurídico [que] radica no princípio da confiança e na natureza social da função forense"[25]. Baliza, portanto, a relação entre advogado-cliente, assim como a atividade constituída perante os poderes públicos, nomeadamente o Judiciário e a constitucional garantia de defesa digna.

Consoante viemos tendo a oportunidade de destacar, pedimos licença, outra vez, para a angularização de um paralelo entre os deveres deontológicos que pautam a atividade profissional dos causídicos em ambos os sistemas.

Em Portugal, o dever de segredo vem insculpido no artigo 92º do Estatuto da Ordem dos Advogados. É consubstanciado em um dever para com o cliente, com os outros advogados e, sobretudo, para com a sociedade[26].

O mesmo dispositivo impõe uma relação de causalidade necessária, sendo, portanto, imprescindível que a informação, para ser protegida pelo sigilo, tenha se originado de uma conexão direta entre o exercício da advocacia e a sua tomada de conhecimento, pelo profissional, razão pela qual, como sói de ser, não se trata de um direito/dever absoluto.

O dever de segredo tem, como principal afluente, a determinação de que a informação obtida em decorrência do exercício da profissão e que esteja açambarcada pelo sigilo profissional não possa ter qualquer validade probatória[27]. Pelo que se extrai que se trata não somente de um dever, também assim como um direito nos casos em que o causídico seja instado, independentemente da circunstância, a prestar declarações.

Tanto o é que, o mesmo comando do artigo 92º, n. 4, do Diploma em análise, atribui ao advogado a faculdade de, ainda que o próprio tenha pleiteado ao

25. ARNAUT, António. *Iniciação à Advocacia*. História – Deontologia – Questões práticas. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 66.

26. COSTA, Orlando Guedes da. *Direito Profissional do Advogado*. Noções Elementares. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 339-345.

27. Artigo 92º, n. 5, EOA.

presidente de seu Conselho distrital o descortinamento de uma informação contemplada pelo segredo profissional, declinar, deixando, depois de melhor juízo, de prestar declarações ou apresentar estas "provas" (n. 6, art. 92º, do EOA).

Ora bem. No entorno do dever deontológico de sigilo, gravita tanta importância que o próprio regulamento de sua dispensa (Regulamento 94/2006, de 25 de maio) demonstra, explicitamente, o caráter excepcional desta medida[28].

Nesse sentido, e como bem nos demonstra a melhor doutrina, este dever tem substrato no princípio da confiança, no dever da relação de lealdade para com o cliente e na função social da atividade da advocacia, que detém manifesto interesse público. Na complementação de Manuel Fernandes:

> "O dever de sigilo é o pressuposto e contrapartida da confiança que o cliente deposita no advogado. Sem garantia de confidencialidade não pode haver confiança. [...] O advogado só pode exercer em plenitude esta função [advocacia] de natureza pública se estiver protegido de revelar, perante quaisquer autoridades, os segredos do seu cliente e as informações que este lhe fornece para o exercício de sua função."[29]

A Constituição da República Portuguesa, por seu turno, também prevê este dever deontológico. É o que verificamos nos artigos 20º[30] e 208º[31], que preveem, respectivamente, a garantia ao direito à informação e consulta jurídica e acesso ao Judiciário, e as imunidades necessárias ao exercício do mandato no que pertine ao patrocínio forense.

---

28. RODRIGUES, Benjamim Silva. *Estatuto (da ordem) dos Advogados*. 1. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2013. p. 270-273.
29. FERNANDES, Manuel Ramirez. *Súmulas de deontologia profissional do advogado*. Lisboa: Quid juris, 2016. p. 119-120.
30. Artigo 20º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.
31. Artigo 208º Patrocínio forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

Além, temos ainda a Lei Orgânica de Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), que protege, de igual sorte, o segredo profissional, quando reitera estas imunidades em favor do exercício da advocacia no sentido de se garantir a administração da Justiça[32].

Também faz relevo destacarmos que os códigos de processo, tanto o Penal quanto o Civil, resguardam este dever e sancionam sua violação. Os códigos substantivos, por seu turno, também o fazem. Em síntese, penalizam a conduta praticada por quem revela ou traz à tona, sem qualquer justificativa, um elemento informativo que seja acobertado pelo dever de segredo. Não entraremos nas minudências destes Diplomas procedimentais e materiais, na medida em que tal desborda do âmago deste trabalho. Todavia, trazemos sua existência, a título informativo.

Prosseguimos, então, para a disciplina deste direito/dever no que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, arremedando o EOA português, também regula a capacidade probatória de informações que podem eventualmente ser extraídas do cotejo de situações ambientadas sob a túnica do sigilo profissional[33]. Na mesma toada, temos o Código de Ética e Disciplina da OAB que, ainda que reforce a ressalva excepcional, é taxativo ao afirmar a importância da obrigação de sigilo[34].

A Constituição da República confere, no artigo 5º, inciso XIV, uma salvaguarda bastante próxima daquela orquestrada pela Carta Maior portuguesa. Determina, de igual sorte, a todos o acesso à informação, desde que resguardado o sigilo da fonte, quando este se mostrar indispensável ao exercício profissional, o que, *in casu,* não se aplica somente ao advogado, mais reitera este mandamento protecional.

O Código Penal brasileiro[35], à semelhança do português, criminaliza a conduta que transmita a outrem informação que tenha tomado ciência em razão da

32. Sobretudo, art. 13º/2, *a*, *b*, *c* e *d*.

33. EOAB: Artigo 7º São direitos do advogado: [...] XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; [...]

34. CED: Artigo 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

35. CP: Artigo 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

"função, ministério, profissão ou ofício", desde que demonstrado o dano produzido por tal. Aí, nos parece também resguardado o dever de segredo do advogado, quando claramente sua violação pode imprimir ao mesmo uma sanção de ordem penal. No mesmo sentido, é o Código de Processo Penal brasileiro[36], que veda o valor *probandi* de determinados relatos judicializados que violem referido dever deontológico.

No que se relaciona com a questão estatutária do advogado e sua atuação nos casos que são suscitados neste trabalho, temos que o dever deontológico da proteção do segredo profissional é o que mais importa. Mas não é o único. Cumpre citarmos, a título de esclarecimento, alguns outros que influem diretamente nas conclusões a serem auferidas nesta investigação, mas que, por serem deveres deontológicos, se quisermos, derivados da obrigação de segredo, não nos comportam, neste excerto, uma mais detida análise.

Nesse retígrado, temos o dever de reserva absoluta, que, consoante a sintaxe recomenda, atribui ao causídico a preservação de todas as circunstâncias as quais tenha tido acesso a partir do exercício do mandato. Sobremais, mencionamos o dever de lealdade, que vai se agasalhar intimamente com o necessário princípio da confiança, um dos principais vetores de análise que será fundamental para que cheguemos à alguma pertinente conclusão, e que deve sempre pautar a relação advogado-assistido. Enfim, estes são os deveres deontológicos que serão detidamente salientados quando da demonstração do conflito, no desate textual, e que serão envergados a partir da figura principal do dever de sigilo.

4. A relação do advogado e o branqueamento de capitais. Aspectos legais de imposição de deveres preventivos e repressivos

No que se relaciona com a atuação do advogado nos casos em que há, em hipótese, uma situação de branqueamento de capitais, subsiste uma série de determinações legais que circunscrevem e norteiam a questão obrigacional do profissional no que diz respeito à prevenção e repressão do crime. Nesta senda, outra vez, propomos a verificação das realidades portuguesa e brasileira a esse respeito.

Em Portugal, existe, então, a imposição destes deveres desde a verticalização da transposição das Diretivas da União Europeia pela Lei 25/2008. A diretiva em

36. CPP: Artigo 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

referência é a 91/308/CEE, alterada pela 2001/97/CEE, que passou a prever uma série de deveres para os profissionais que exercem atividades forenses, entre os quais os advogados. Eles estão especificados no artigo 2º, n. 5, da diretiva em sua versão final[37].

Em resumo, as Diretivas e a respectiva transposição interna atribuem ao advogado o dever de *identificação*, da mantença de uma verificação, registro e conservação da identidade de seus clientes, nos casos de transações também enumeradas pela Lei. Mas, e principalmente, o que chama a atenção é a imposição do *dever de comunicação* de *operações suspeitas*. Significa que resta estatuída uma tal obrigação de *denúncia*, pelo advogado, de situações que podem ser vislumbradas como suspeitas ou indicadoras de uma possível operação de branqueamento. Pasmemos para a gravidade do dever ora relatado.

Além disso, a Diretiva em Portugal impõe ao advogado o dever *colaboração* sempre que a obtenção da informação ou a verificação de suspeita de branqueamento se dê fora da prestação de *consulta* ou *patrocínio* de defesa técnica[38].

Estes são os deveres impostos aos advogados no que diz respeito aos casos de branqueamento, em uma pincelada geral, em Portugal.

No Brasil, por seu turno, também verificamos que estes deveres são bastante sensíveis.

Por ocasião do Projeto de Lei 209/03[39], pela Comissão de Constituição e Justiça, sobreveio a recomendação, pelo GAFI (Grupo de Ação Financeira), da adoção de 40 medidas de combate à lavagem de capitais. Destas, houve a determinação

37. Artigo 2º-A: Os Estados-Membros devem assegurar que as obrigações estabelecidas na presente directiva sejam impostas às seguintes instituições: [...] 5. Notários e outros profissionais forenses independentes, quando participem: a) Prestando assistência, na concepção ou execução de transacções por conta dos clientes relacionadas com: i) a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais, ii) a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos, pertencentes ao cliente, iii) a abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários, iv) a organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades, v) a criação, exploração ou gestão de trusts, de sociedades ou de estruturas análogas; b) Agindo em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transacções financeiras ou imobiliárias.

38. CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento de capitais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 88-133; CANAS, Vitalino. As medidas de natureza preventiva contra o branqueamento e o financiamento do terrorismo. In: *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, ano 68, p. 885-897, 2008.

39. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24154]. Acesso em: 31.01.2017.

no sentido de que todos os profissionais elencados no artigo 9º, parágrafo único, XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro, relatassem ou comunicassem às autoridades quando seus clientes estivessem fomentando ou participando de atividades econômicas com dinheiro supostamente advindo de ilícito penal[40].

Esta determinação teria apontado o advogado como um dos profissionais que devem obediência a tal comando. Na justificativa, a já batida argumentação de que com o incremento e a sofisticação das técnicas de lavagem, a dificuldade de identificação dos "lavadores" recrudesce. Ora, todos sabemos que, consoante já aduzia o festejado doutor Faria Costa, se deve perseguir e reprimir com toda a diligência

40. Artigo 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: [...] XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012) a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Artigo. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012) § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

e seriedade o branqueamento de capitais, que cada vez mais vem tendo esta perseguição dificultada pelo incremento das ações da criminalidade moderna[41].

Todavia, isso, pensamos, não significa que tal perquirição possa avançar a qualquer custo. Nesse mesmo sentido, já alertava, com a mais absoluta serenidade, o mesmo autor, quando afirmava que:

> "[...] Tudo isso [a gravidade dos reflexos do branqueamento], no entanto, não deve potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais do direito penal comum europeu. E se não deve fomentar, muito menos deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (culturais, sociais, económicas e estaduais), de modo a que se consiga, aqui sim, subverter a própria 'cultura da corrupção'"[42].

Enfim, o que temos é o artigo 9º, parágrafo único, da Lei de Lavagem, obrigando o advogado a denunciar a mera suspeita de envolvimento de seu cliente com o crime.

Estes, no que nos importa, os deveres de prevenção, repressão e colaboração para o advogado no sentido de que o mal moderno do branqueamento seja efetivamente combatido. Prosseguimos, então, já tendo projetado a delimitação do Estatuto do Advogado como sendo essencial ao andamento da Justiça e seus deveres deontológicos para, agora, ponderarmos aquilo que efetivamente nos importa: delimitadas as diretrizes antagônicas entre a prevenção e repressão do crime e os deveres deontológicos do advogado, quais devem prevalecer? Eis a questão ser dirimida.

5. O problema em testilha: as prerrogativas do advogado em defronte com o dever de colaborar/informar

Já delineadas as circunstâncias que gravitam no entorno da atmosfera ora enfrentada, incumbe-nos agora a delimitação do conflito. Pois bem. Tratamos então dos casos em que há, em curso, um caso potencial de lavagem de capitais. Nele, há a atuação de advogado.

41. COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. In: *Direito Penal Económico e Europeu Textos Doutrinários*, Coimbra, v. III, p. 114-126, 2009.

42. COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXVIII, p. 60-86, 1992.

Estamos, pois, diante do seguinte problema: o que deve prevalecer? Os deveres de prevenção e repressão ao tipo penal que ostenta tão perniciosa consequência? Os deveres deontológicos do advogado? Uma mitigação entre ambas as soluções? Há possibilidade de responsabilização criminal do advogado (pela cegueira deliberada ou, ainda, pelos honorários maculados)? Este é o conflito com o qual nos deparamos.

Contudo, nunca nos esqueçamos de que estamos enredados em uma situação de combate a uma gravosa situação fático-jurídica que deve perfazer – dizemos nós –, ao mesmo tempo, um combate ao alargamento do direito punitivo, da expansão do direito penal – resguardando, portanto, as garantias e as liberdades do indivíduo –, sobretudo quando em perquirição uma hipótese que abarca a atuação do advogado e todos os aspectos constitucionais que se amoldam nesta contingência.

E o porquê? Porque, consoante o clamor social e observações empíricas, verificamos

> "[que] Cada vez mais, os branqueadores de capitais, nomeadamente os PEP [Pessoas Expostas Politicamente] corruptos, procuram o aconselhamento ou serviços de profissionais especializados, em particular, os advogados, para ajudar e facilitar as suas operações financeiras, que envolvam esquemas de grande complexidade, visando disfarçar a origem e a propriedade do dinheiro"[43].

E temos, então, a figura do advogado – ainda que goze de especial estatuto, de ordem constitucional – inserta neste balaio: os *gatekeepers* que, segundo Bottini, parafraseando Blanco Cordero, "[são] aqueles que devem colaborar para a proteção de bens jurídicos pela denegação de auxílio ou colaboração com potenciais delinquentes"[44], os quais devem, então, ter sua atuação submetida a tais mecanismos de controle.

Em resumo, portanto, estamos diante de duas espécies de direitos em colidência. A uma, verificamos uma imposição, de ordem legal, que vem abraçando o apelo, o clamor internacional no que diz respeito ao combate à criminalidade

43. Relatório da Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária (UIF/PJ) de 2011. Disponível em: [www.asjp.pt/2012/03/15/lavagem-de-dinheiro-pj-denuncia-advogados/]. Acesso em: 31.01.2017. Artigo publicado na página da Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

44. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. 2014. Disponível em: [www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48]. Acesso em: 31.01.2017.

organizada, nomeadamente aos crimes de branqueamento de capitais. A duas, temos direitos encravados sob o prisma supraindividual, de ordem estatutária, e que restam consagrados na Carta Constitucional, quer em Portugal, quer no Brasil.

6. Uma ilação possível: da colidência de valores tão caros à efetivação da justiça e da perquirição de delitos de elevada nocividade social, o que importa que seja prevalente?

Em um primeiro momento, temos que o dever de segredo profissional é obrigação inata ao exercício da advocacia naquilo que se coaduna com as informações advindas da prestação de serviços. A doutrina costuma divisar a parte consultiva da contenciosa para o efeito. Não vislumbramos como correta esta diferenciação, desde já.

Parece-nos que o dever de sigilo, independente da intensidade ou modalidade da prestação advocatícia, é sagrado, pouco importando se o profissional efetivamente representou o assistido, tenha sido pago, ou sequer tenha aceitado manifestar-se sobre consulta ou o patrocínio. Tendo obtido conhecimento, deve se abster de repassá-lo.

Sempre que o advogado receber a informação em virtude de uma avaliação da situação jurídica, consulta ou até mesmo aconselhamento, deterá um *dever de reserva*! Assim também quando efetivamente defende ou representa o cliente em demanda judicial, como é lógico.

Não conseguimos aceitar que haja uma obrigação de denúncia nessas hipóteses, mesmo que saibamos da nocividade social dos crimes de lavagem. Isso, nos soa cristalino, é missão dos poderes formais de investigação. Não poderia o advogado, tendo sabido de determinado fato no exercício de sua profissão, ver-se compelido por um dever de entregar aquele que, em um primeiro momento, lhe fora buscar socorro. Remonta de todo ilógico, com a máxima vênia.

No exercício da atividade da advocacia, não há que se falar em dever de colaboração. Sequer à OA (em Portugal deveria ser dirigida ao Bastonário e este avaliar da pertinência), tampouco às autoridades de investigação!

Enfim, também existem aquelas hipóteses em que o advogado, em meio ao atendimento, acaba tomando conhecimento, ou até mesmo passa a ter uma suspeita, de que há em curso uma operação de branqueamento. Nesta contingência, qual seria o valor prevalente? Como deveria o advogado atuar? Qual seria sua responsabilização? A doutrina, em ampla maioria, diz que há *dever* de *abstenção*, ou seja, que sobrevém a necessidade de renúncia da causa ou atendimento. Acaso

não renunciasse, estaria o advogado sujeito à responsabilização criminal na modalidade de *comparticipação*.

Ora, aqui, ciente de que nos inclinamos em sentido contrário, em posição de divergência, não conseguimos nos curvar. Não se pode atribuir ao advogado um ônus que é próprio do órgão investigador. O advogado, nesse caso, em nosso humilde sentir, estaria incumbido de, ele próprio, cometer uma espécie inadmissível de prejulgamento de seus clientes.

Com um simples exemplo, podemos ilustrar a seguinte situação: um advogado vê-se, em meio a sua rotina, consultado por certo cliente. Diante dos primeiros contatos, acaba tendo uma ligeira impressão de que aquele cidadão, que ora lhe busca socorro profissional, pode vir a ser um branqueador. O causídico pensa: este senhor deve ser branqueador. Portanto, *não* vou orientá-lo, defendê-lo *e*, inclusive (pasmemos), vou denunciá-lo às autoridades, mesmo *sem* qualquer certeza. Parece-nos uma crassa inversão de papéis, e que atenta contra direitos de primeira ordem.

Ora bem. Pensamos que o advogado sequer deve deixar de auferir seus honorários, que são presumidamente lícitos e possuem natureza alimentar. Jamais! Não deve o profissional se abster de receber tal verba, *desde que* tenha prestado seu serviço de maneira lídima, límpida, *não* devendo ser o responsável por perquirir a origem dos valores que lhe são conferidos.

Em jeito de conclusão, defendemos que não se pode impor qualquer responsabilização criminal em desfavor do advogado nas hipóteses aqui investigadas, à exceção, por óbvio, dos casos em que o profissional, efetivamente, lava o capital ou participa dessa lavagem ciente e com o intuito de obter proveitos do resultado desse delito que extrapolam os limites do exercício profissional da advocacia. Mesmo que entendamos que não haja direito absoluto, argumentamos que não se pode relativizar os deveres deontológicos do defensor em nome de um alegado interesse supremo, qual seja, o combate ao problema global do branqueamento. Ao arrepio, estaríamos diante de uma presunção de que os advogados que atuam neste tipo de situação fático-jurídica seriam, de maneira imperiosa, rábulas. O que, com a máxima vênia, não admitimos, sob qualquer argumento.

Do contrário, estaríamos deturpando a relação de *confiança* entre advogado-cliente, provocando uma ruptura na livre escolha de defesa pelo assistido, podando uma defesa plena e atribuindo ônus severos que não permitem o exercício da advocacia da maneira livre e escorreita que lhe deve ser sempre inerente, sobretudo em um ambiente que deve consagrar o Estado de Direito Democrático.

O advogado não deve, *nunca,* ter de comunicar ou de abdicar de patrocinar defesa técnica, tampouco de auferir honorários. Deve tão somente se abster de *cometer* crimes ou de incentivá-los.

Incumbe aos poderes competentes para a atividade de perquirição a promoção da correspondente apuração dos fatos, independente de ter o advogado ou não descoberto qualquer ilicitude ou operação tendente à prática do branqueamento, e independente da maneira pela qual tenha tomado ciência.

Primeiro, porque imaginamos que o advogado não pode ter o *dever* de comunicar ou colaborar, mesmo que participe da operação prestando assessoria, já que não pode haver dever de *acusação* ao profissional. E pior. Na hipótese mais séria, ainda que envolvido, o advogado estaria se autoincriminando – vedação *nemo tenetur*. Também, mesmo que tal conduta desborde de suas prerrogativas, *não* estaria o mesmo obrigado à colaboração.

Enfim, defendemos que o advogado não deve estar submetido a dever de avisar ou comunicar, tampouco de colaborar. Muito menos deve se abster de atuar como advogado, *desde* que não cometa crime. E o princípio da *confiança*, elementar na relação com o cliente, deve se sobrepor[45].

45. Em brihante arremate, Luiz Flávio Gomes referenda nossa posição, quando enfrenta a questão em específico quanto à realidade brasileira e, com o perdão da extensão da lição, transcrevemos, a ilustrar: "[...]. Nossa vida pessoal e social seria um caos se nosso advogado ou médico ou psicólogo, logo após concluída a consulta, fizesse divulgação dos fatos e documentos a ele confiados. Mais terrível seria se a lei dissesse que ele, de posse tudo, delatasse o cliente para autoridades públicas, caso entendesse que alguma operação fosse duvidosa. Quem se arriscaria procurar um advogado e confiar-lhe sigilos e documentos se existisse a possibilidade de ele se transformar no seu algoz delator? Por mais estapafúrdio que você possa achar esse cenário, saiba o seguinte: é precisamente o que foi feito na nova lei de lavagem de capitais, que quer obrigar o advogado, de posse de todas as suas informações e documentos, dados em confiança, a "dedurar" você para o Coaf, sob ameaça de pesadíssima multa (até 20 milhões), quando se vislumbra uma "operação suspeita". O surrealismo consiste em transformar todo escritório de advocacia em uma delegacia de polícia e todo advogado em policial delator. O cliente, buscando assessoria jurídica, confia tudo ao seu advogado e, em seguida, antes mesmo de chegar em sua casa, está o advogado fazendo denúncia contra ele no Coaf. O que está em pauta é o dever de vigilância (e de informação). Esse dever, por força da precedente Lei 9.613/98, já era imposto aos bancos, empresas de leasing, financeiras etc. O advogado, agora, que é depositário da sua confiança, entrou nesse rol, ou seja, de defensor do acusado, de prestador de serviços de consultoria, assistência ou aconselhamento e de depositário do sigilo de tudo quanto lhe foi confiado, ele passaria a ocupar o papel de "delator" (do seu cliente), perante os órgãos públicos encarregados da investigação da lavagem de capitais no Brasil. Nenhum país do mundo, pelo que se sabe, quando o advogado funciona como defensor de um acusado ou quanto atua como consultor jurídico, o obriga a quebrar o sigilo profissional, que não foi inventado para ele, sim, para o cliente. Discussão existe quando ele assessora uma transação comercial, bancária, imobiliária, financeira etc. De acordo com nossa opinião, em todas as hipóteses é preciso preservar o sigilo profissional, sendo inconstitucional a determinação legal contemplada na nova lei de lavagem de

Os direitos-deveres do advogado no exercício de sua função devem *sempre* ser resguardados, sendo uma obrigação das autoridades investigatórias a promoção da correspondente e qualificada perseguição dos crimes de branqueamento, dos antecedentes, enfim, de toda a criminalidade.

Conclusão

Em arrimo, do que fora dito, concluímos que, ainda que a jurisprudência alemã, no específico caso dos advogados, já tenha aplicado a teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados e responsabilizado criminalmente os advogados vez que, conforme julgado emanado do Tribunal de Apelação de Hamburgo (*Hanseatisches Oberlandsgericht Hamburg*)[46], havia um dever de abstenção, consoante afirmamos ao longo do desate textual, esta medida nos soa de todo equívoca, cambaleante e, portanto, não se sustenta. Pois bem, o advogado, essencial à administração da justiça, somente poderá prestar este serviço, em excelência e essência, se munido da plena confiança de seu assistido. A

capitais (art. 9º, inc. XIV). Em nenhuma situação justifica fazer preponderar o interesse da investigação relacionada com a lavagem de capitais (dever de comunicação das operações suspeitas), que é coletivo, sobre o interesse, também da sociedade, de preservação do segredo profissional do advogado. É que existem outros meios para se fazer isso (e, talvez, até com mais eficiência). Não existem direitos absolutos (é bem verdade). O sigilo profissional do advogado não é absoluto. Investigar o crime organizado no Brasil é tarefa impostergável. Mas tem incidência aqui o princípio da proporcionalidade, especialmente no que concerne aos seus subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por força do primeiro (necessidade), toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado. Consoante o segundo, o custo da intromissão nos direitos fundamentais deve ser sopesado com seus benefícios. Fazendo-se comparação entre a medida adotada pelo legislador (quebra do sigilo profissional do advogado) e os outros meios alternativos (de investigação da lavagem), nota-se que o Estado não dispõe de um, sim, de incontáveis outros meios probatórios e recursos. Não é necessário chegar ao extremo de sacrificar um direito coletivo tão relevante, como é o caso do segredo profissional do advogado, para satisfazer outro interesse, também relevante, mas que gera um custo exageradamente intenso para todos". (GOMES, Luiz Flávio. *Lavagem de capitais: o advogado se tornou delator do seu cliente?* 2012. Disponível em: [http://institutoavantebrasil.com.br/lavagem-de-capitais-o-advogado-se-tornou-delator-do-seu-cliente/]. Acesso em: 31.01.2017.

46. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles*? Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 132 e ss.

possibilidade de uma flexibilização ou, se quisermos, relativização deste dever deontológico, do qual derivam os demais que se emprenham nesta discussão, acaba sendo de todo infeliz.

O branqueamento de capitais é, sem dúvida, um crime que carrega um elevado desvalor social. Sua prevenção e combate são efetivamente objetivos que devem ser alcançados pela comunidade global. Acontece que, como pudemos verificar, não mediante a inobservância de outros direitos e garantias que se amostram inatas ao exercício do Estado Democrático de Direito.

E, no caso específico, mesmo que o advogado receba honorários manifestamente de procedência ilícita, ainda assim, a partir do momento em que ele prestou o serviço de maneira lídima, entendemos que deve receber seus honorários, que são verba alimentar e decorrem de um movimento essencial à Justiça. Se não há intenção de lavar e/ou não há orientação técnica para tanto, quer em Portugal, quer no Brasil, não admitimos seja avençada a hipótese de responsabilização criminal do causídico em nome de um alegado bem maior. Admitir o contrário seria um desrespeito aos ditames que regem as garantias dos sujeitos, o sistema jurídico e, até mesmo, a promoção de um direito penal objetivo, com o que, em regimes democráticos, jamais pode ocorrer.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa; FARIA, Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, 1982.

ARNAUT, António. *Iniciação à Advocacia*. História – Deontologia – Questões práticas. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998. Com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, v. 41, p. 46, abr.-jun. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. 2014. Disponível em: [www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48]. Acesso em: 31.01.2017.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais*: sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CANAS, Vitalino. As medidas de natureza preventiva contra o branqueamento e o financiamento do terrorismo. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 68, p. 885-897, 2008.

CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento de capitais. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. In: *Direito Penal Económico e Europeu Textos Doutrinários*, Coimbra, v. III, p. 114-126, 2009.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXVIII, p. 60-86, 1992.

COSTA, Orlando Guedes da. Direito Profissional do Advogado. Noções Elementares. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

FERNANDES, Manuel Ramirez. *Súmulas de deontologia profissional do advogado*. Lisboa: Quid juris, 2016.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Lavagem de capitais: o advogado se tornou delator do seu cliente?* 2012. Disponível em: [http://institutoavantebrasil.com.br/lavagem-de-capitais-o-advogado-se-tornou-delator-do-seu-cliente/]. Acesso em: 31.01.2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINHEIRO, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 12, n. 4, p. 603, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 860, p. 438, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2003.

RIOS, Rodrigo Sanchez. *Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro*. Questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? In*: O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – É legítimo? É necessário? Texto disponibilizado pela autora sob os auspícios do curso de Doutoramento em Direito, ciências jurídico-criminais. Coimbra, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – novos desafios, velhos rumos. In: *Lusíada*, Lisboa, série II, n. 3, 2005.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Estatuto (da ordem) dos Advogados*. 1. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava-jato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, 122, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y crimen organizado*. Conferência proferida na "Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal" (AIDP) em 22 de novembro de 2007 em Guadalajara, Jalisco. Disponível em: [www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf]. Acesso em: 31.01.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A confiança, o sigilo e a inviolabilidade, de Pierpaolo Cruz Bottini e Heloisa Estellita – *RT* 970/19-33 (DTR\2016\22219);
- A defesa por direito de defesa, de Márcio Thomaz Bastos – *RIASP* 31/397-402 (DTR\2013\6489);
- A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente, de Ana Beatriz da Silva Gomes e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – *RT* 995/385-405 (DTR\2018\18284); e
- Comentário o sigilo profissional do advogado e a proteção à cidadania, de Alberto Zacharias Toron – *RT* 937/221-232 (DTR\2014\398).

Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro

Money laundering and neutral actions of lawyers

Davi de Paiva Costa Tangerino

Mestre e Doutor em Direito penal pela USP, com estágios pós-doutorais na Humboldt Universität em Berlim no Instituto Max Planck para direito penal comparado e internacional. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas em São Paulo.
davi.tangerino@fgv.br

Caio Cesar Tomioto Mendes

Mestre em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UNINTER. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela UENP/IDCC.
ctomiotomendes@gmail.com

Recebido em: 12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão dos autores: 17.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: A distinção entre autores e partícipes proposta pela teoria do domínio do fato e o enriquecimento do tipo objetivo oferecido pela teoria da imputação objetiva parecem que ainda não foram bem compreendidos pela realidade jurídica brasileira e, em vez de servirem ao intento de restrição do conceito de autor, foram desvirtuados e atualmente mais auxiliam à expansão do poder punitivo do que o limitam. Além dos problemas já existentes com relação às formas de intervenção do delito, a Lei 12.683/2012 alterou a Lei 9.613/1998 e atribuiu a particulares os deveres de fiscalização e comunicação em casos de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, de modo que, como objeto deste artigo, questões inerentes aos deveres do advogado, às ações neutras e à posição de garante urgiram como novos problemas a serem enfrentados pela técnica do direito penal. Nesse sentido, tais

Abstract: The distinction between authors and aiders and abettors set forth by the theory over the domain of the fact, on one hand, and the enrichment of the *actus reus* drawn by the theory of objective attribution, on the other, seem not to have been quite understood by Brazilian legal practitioners. Instead of serving the intent to reduce the concept of authorship, they were drifted apart and actually end up reinforcing the punishment power, rather than limiting it. Besides the existing problems concerning this topic, Federal Law 12.683/2012 altered Federal Law 9.613/1998 and attributed to private parties the duties to control and report operations labelled as suspicious. By means of such innovation, matters inherent to lawyering – neutral actions and guarantee of the protected legal interest of the criminal offense – became new concerning problems which claim for proper answers from the

Tangerino, Davi de Paiva Costa; Mendes, Caio Cesar Tomioto. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 159. ano 27. p. 177-203. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

questões serão abordadas com o intuito de verificar se de fato a alteração legislativa atribuiu, ou não, aos advogados, o dever de garante de evitação do resultado lesivo do crime de lavagem de dinheiro, bem como quais são os melhores parâmetros e teorias que auxiliam a compreensão dos problemas trazidos pela expansão punitiva.

Palavras-chave: Autoria – Ações neutras – Lavagem de dinheiro – Advocacia – Expansão do poder punitivo.

Criminal Law. In this regard, those matters will be addressed and it will be verified whether the legislative innovation actually attributed to lawyers the duty to avoid the harmful outcome of the money laundering offense. Also, which would be the best parameters and theories to understand the problems created by the expansion of the Criminal Law.

Keywords: Authorship – Neutral actions – Money laundering – Lawyer – Punishment expansion.

Sumário: 1. Introdução. 2. As ações neutras. 3. As ações neutras são compatíveis com o direito brasileiro?. 4. A Lei 12.683/2012 atribuiu aos advogados o dever de garantidores, nos termos do art. 13, § 2º, CP?. 5. As ações neutras podem auxiliar na questão do advogado em face da lei de lavagem de dinheiro?. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O crime de lavagem de dinheiro, embora nascido entre nós em 1998, ganha crescente importância na prática brasileira, seja por sua conexão com a "guerra à corrupção", seja pelos avanços tecnológicos que a facilitam de maneira expressiva e lhe dá ainda maior alcance global.

O foco deste artigo é a expansão dessa figura, com particular atenção à figura do advogado.

Primeiramente, enfrentaremos o conceito e a aplicação das assim chamadas ações neutras, abordando as críticas e os aprimoramentos da teoria, com o intuito de trazer o substrato teórico necessário para posteriormente verificar se seriam elas uma solução viável ao disposto nos arts. 9, XIV, 10 e 11 da Lei de Lavagem, os quais suscitam dúvidas sobre quem seriam os sujeitos destinatários da norma que atribui o dever de comunicação para os órgãos estatais em caso de suspeita de lavagem de dinheiro.

Em seguida, verificaremos a compatibilidade das ações neutras com direito brasileiro, tanto no campo da autoria e da participação criminal, nos limites dos arts. 29 e 31 do Código Penal, quanto sob o prisma da omissão penalmente relevante, nos termos do art. 13, § 2º, também do Código Penal.

Após a abordagem proposta, verificar-se-á se as ações neutras são, de fato, o mecanismo mais apto a interpretar o dever de comunicação do advogado às autoridades competentes em caso de suspeita de lavagem de dinheiro previsto na

alteração legislativa de 2012, ou se existem outros critérios mais adequados para a solução do problema que inevitavelmente toca em questões inerentes às prerrogativas para o exercício da advocacia.

2. As ações neutras

As ações neutras, segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, podem ser entendidas como "aquelas condutas que, apesar de consistirem em contribuições socialmente rotineiras, profissionalmente adequadas, de acordo com o convívio social, ao se relacionarem com o autor de crime suscitam dúvidas sobre sua ilicitude"[1]. A proposta, no entanto, corresponde a uma construção ainda em edificação, de labor principalmente dos alemães e espanhóis[2].

Em razão da rudimentariedade da teoria, ainda há muito que se fazer, mas o que se tem construído já permite a realização de uma análise crítica sobre as ações neutras no direito brasileiro. Entre os desenvolvimentos, podemos citar as teorias clássicas da adequação social, proibição de regresso, do princípio da confiança e da insignificância; além das teorias modernas objetivas, como a teoria dos papéis (Jakobs), da participação como solidarização com o ilícito alheio (Schumann), da adequação profissional (Hassemer), dos critérios quantitativos (Weigend), da ponderação objetiva de interesses (Lüderssen), da consideração de cursos causais hipotéticos (Löwe-Krahl); das teorias modernas subjetivas, como a não punição do dolo eventual (Otto) e da necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal (Schild-Trappe); das teorias modernas mistas, compostas de construções de Frisch, de Roxin, da ampla ponderação dos interesses (Wohlleben), bem como das soluções casuísticas de Amelung, Wohlers e Puppe[3].

Muito embora haja uma série de contribuições sobre as ações neutras, Luís Greco alerta que nenhuma das teorias conseguiu se mostrar satisfatória, em razão de, basicamente, inverter a ordem metodológica necessária para os problemas apresentados por tais ações cotidianas, sendo essa a razão pela qual afirma

1. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 237, ago. 2012. p. 13.
2. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. Tese (doutorado). 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 23.
3. GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20 e ss.

que o foco deve estar voltado para as perguntas (e não às respostas, como fizeram as demais teorias): Primeiramente, deve-se ter fixado (i) "o problema das ações neutras como um problema de tipo objetivo da cumplicidade"[4], para que se questione se (ii) há criação de risco?[5]; (iii) o risco criado é juridicamente desaprovado?[6]; e, fundamentalmente para o autor, no entanto, a pergunta central deve girar em torno da justificativa em se restringir a punibilidade em casos de ações neutras[7]. Como resposta, Luís Greco afirma que o fundamento político-criminal que o observador empregará sobre o tema será o que o habilitará fundamentar ou não o reconhecimento das ações neutras[8].

É coerente o pensamento do autor, visto que a construção dogmática sobre a teoria do delito e da pena se esvai, seja em sua legitimidade ou não, caso não seja dotada de um fundamento político-criminal que a sustente e empregue, ao mínimo, alguma lógica para as contribuições.

Juarez Cirino dos Santos, em sentido semelhante a Luís Greco, acompanha a ideia de que "a exigência de omitir ações hipoteticamente relacionadas a crimes futuros teria igual efeito inviabilizador da vida social moderna que a renúncia à circulação de veículos, por exemplo"[9], mas entende como puníveis as hipóteses em que o fato tenha se constituído mediante uma *disposição reconhecível para o fato doloso*, como "entregar faca a partícipe de briga (com a qual comete homicídio); entregar veneno, em condições suspeitas, ao amante (que envenena a esposa)"[10] etc. Luís Greco alerta que "a partir do momento que se relega ao *tipo subjetivo* a tarefa de distinguir ações proibidas das não proibidas, corre-se o risco de cair em um *direito penal de ânimo*"[11], sendo que a correta localização para o debate se daria nos limites da desaprovação do risco criado, pois se já houve a criação do risco como desvalor da ação, seria apressado o passo ao desvalor do

4. Ibidem, p. 114.
5. Ibidem, p. 116.
6. Ibidem, p. 119.
7. Ibidem, p. 121.
8. Ibidem, p. 123. Pouco antes, Luís Greco reconhece que parte de uma linha político-criminal funcionalista de Roxin, sendo essa a base para as suas formulações (Ibidem, p. 122).
9. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 180.
10. Ibidem, p. 181.
11. GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116.

resultado que consistiria na realização concreta do risco. A investigação, portanto, deveria se dar, como afirmado, diante da realização de um risco permitido ou não pelo ordenamento, o que poderia levar à configuração das ações neutras ou à punibilidade do cúmplice.

A ideia importada do direito penal de trânsito sobre o princípio da confiança também se faz – e muito – presente nas construções que envolvem as ações neutras. Por ele é possível se exprimir um conteúdo de que a ação do indivíduo independe do comportamento antijurídico dos outros para que seja realizada, fator que gera, em princípio, uma confiança de que os demais se comportarão conforme o que é devido[12]. Luís Greco, apesar de reconhecer a importância do princípio da confiança, vigente na sociedade contemporânea, após realizar uma abordagem apriorística de que o indivíduo poderá/poderia prever o comportamento delitivo do terceiro, posiciona-se no sentido de não ser o princípio da confiança "capaz de lidar com os casos de cumplicidade através das ações neutras"[13]. Outra questão que pode ser colocada diante do princípio da confiança, a partir da análise de María de Lourdes Souza, é o fato de que "a sociedade (contemporânea) já não é uma comunidade, senão um agregado de indivíduos atomizados e narcisisticamente orientados a uma infinita gratificação dos seus próprios interesses"[14], o que nos remonta a uma "época do individualismo econômico, do individualismo possessivo, do individualismo de massa, do individualismo do consumidor"[15],

Percebe-se, portanto, que ainda há muito o que se fazer no assunto das ações neutras. A complexidade da sociedade contemporânea, o risco e insegurança dela decorrentes, assim como a universalização do direito penal, fenômeno decorrente da globalização política e cultural que, de dois caminhos possíveis, seguiu o da maior expansão do direito penal, conforme Jesús-Maria Silva Sánchez[16], são interventores relevantes quando se parte para a análise de uma construção dogmática ainda em andamento.

12. Ibidem, p. 28.
13. Ibidem, p. 29.
14. SOUZA, Maria de Lourdes. La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 2, 1999. p. 322.
15. Idem.
16. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102/103.

Registre-se, por fim, que uma definição do quanto seja ação neutra em determinado campo acaba se chegando por meio de uma heurística negativa; no campo da advocacia, tem-se utilizado como régua, pelos tribunais, a fungibilidade da prestação advocatícia, ou seja, quando mais costumeira, rotineira, usual for a prestação dada pelo advogado, tanto mais fungível, e assim, neutra. Quando, ao contrário, o advogado assume tarefas ou realiza ações estranhas a seus deveres, ou além do que seria costumeiro, tanto maior a chance de a ação não ser compreendida como neutra. Configura-se, em detalhe, a obra *Exercício da advocacia e lavagem de capitais* (ESTELLITA, Heloísa (Coord). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016).

3. AS AÇÕES NEUTRAS SÃO COMPATÍVEIS COM O DIREITO BRASILEIRO?

O primeiro passo, pois, ao objetivo deste artigo, é enfrentar o desenho brasileiro da autoria e da participação.

O problema das ações neutras, conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, encontra-se sedimentado na participação criminal no limite para baixo, ou seja, entre a participação punível e as ações neutras, diferentemente da participação criminal no seu limite para cima, alocada entre a autoria e a participação[17]. Os autores adotam, para a análise das ações neutras, a teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, desdobramento do princípio da acessoriedade que rege, entre nós, o concurso de pessoas[18]. A teoria adotada para analisar a ação cotidiana, nos termos de João Daniel Rassi, sinalizando pela possibilidade de análise mediante critérios próprios de imputação ao partícipe, dita que "o partícipe vai ser punido porque, com sua conduta, atacou o bem jurídico por ele mesmo, e não mediante o autor, ao incrementar o risco não permitido"[19]. As pontuações do autor dizem respeito à leitura sobre uma distinção entre autoria e participação que teriam sido positivadas pelo próprio legislador, o qual dispôs ao art. 31 que "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado", tendo evidenciado a sua opção pelo conceito diferenciador entre autores e partícipes, razão pela qual estariam distintas as formas de intervenção no delito.

17. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 237, ago. 2012. p. 13.

18. Idem.

19. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. Tese (doutorado). 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 144.

A posição não é majoritária, e sem equívocos, Nilo Batista aduz que "o art. 31 liquida a discussão, pois se extrai com tranquilidade que 'o crime' nele referido é algum conceito superior – ou pelo menos diverso – das formas participativas ali contempladas"[20]. A questão também se mostra problemática num (possível) horizonte próximo, *vide* a denúncia feita por Alaor Leite e Luís Greco com relação ao *afã pela modernidade* apresentado no projeto de alteração do Código Penal – PLS 236/2012[21] –, o qual consegue eliminar o benefício da simplicidade do conceito unitário presente no atual art. 29, sem "resolver qualquer dos problemas materiais que ele acarreta, principalmente, sem aproximar o direito vigente das exigências do princípio da legalidade"[22]. Os autores exploram algumas

20. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes* – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 38.

21. Concurso de pessoas

    Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

    § 1º Concorrem para o crime:

    I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

    a) Executam o fato realizando os elementos do tipo;

    b) Mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;

    c) Dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou

    d) Aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

    II – partícipes, assim considerados:

    a) Aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

    b) Aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

    Concorrência dolosamente distinta

    § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

    Concorrência de menor importância

    § 3º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

22. GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 107, 2014.

vantagens e desvantagens apresentadas pelo conceito unitário e diferenciador de autoria. Quanto ao primeiro, uma das vantagens ocasionadas pela simplificação na aplicação do direito seria a *conveniência repressiva*, não restando qualquer lacuna de punibilidade. Com relação à primeira aparente vantagem, facilmente são postas críticas que giram em torno da fragmentariedade do direito penal e dos princípios limitadores da intervenção estatal. Quanto à segunda vantagem aparente do conceito unitário, milita-se que cada interventor seria responsável apenas pela sua conduta, respondendo *na medida de sua culpabilidade* (art. 29, CP) pelo fato delituoso. No entanto, conforme a crítica dos autores, a aparente vantagem mais se correlacionaria com uma ofensa ao princípio da legalidade, pois até mesmo aquele que emprestasse a faca para o golpe fatal poderia ser enquadrado no tipo "matar alguém". A conclusão a que chegam, portanto, é que o pensamento de que cada qual responde somente pelos seus atos, não só é algo meramente simplista, como isolacionista[23]. A real vantagem do sistema unitário, portanto, residiria na simplificação na aplicação do direito, recaindo os diferentes graus de contribuição delitiva ao plano individualizador de competência da determinação judicial de pena[24]. Outros problemas do conceito unitário, além das críticas aos aparentes benefícios já apontadas pelos autores, seria a proximidade com o direito penal do inimigo, ante a pouco desenvolvida teoria da determinação judicial da pena[25], "a impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa punível, já que todas as contribuições causais (entregar a arma ao autor) são consideradas, de maneira equivalente, como 'típicas'"[26], e principalmente o desprezo ao princípio da legalidade, o qual estaria afrontado na medida em que emprestar a arma pode ser considerada como conduta típica de "matar alguém"[27].

Embora divergentes as posições sobre a teoria adotada no Código Penal, à análise das ações neutras, como proposta deste trabalho, será necessária a distinção entre as formas de intervenção no delito entre autoria e participação[28]. A primeira, autônoma e autossuficiente, enquanto que a última seria acessória, condicionada à existência de um fato principal[29]. A participação, segundo a

23. Ibidem, p. 18-19.
24. Ibidem, p. 19.
25. Ibidem, p. 22.
26. Idem.
27. Idem.
28. GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 10-11.
29. Ibidem, p. 5.

doutrina predominante, [30] divide-se em instigação e cumplicidade. A primeira pode ser descrita como a "provocação no autor principal da decisão de praticar o fato"[31], e a cumplicidade como "o auxílio, a facilitação, material ou psíquica para que o autor pratique o fato"[32]. A questão do elemento subjetivo, seja do participe, seja do autor principal (dolo duplo), não se torna relevante à análise, bastando dizer, conforme Luís Greco, que "se o autor principal agir sem dolo, aquele que auxilia será autor, ou mediato, se auxiliar dolosamente, ou imediato, se com culpa; e se o auxílio for prestado sem dolo, quem auxilia será diretamente punível como autor (colateral), não mais como cúmplice"[33].

Partindo da premissa diferenciadora das formas de intervenção no delito, torna-se necessário entender os elementos do tipo da cumplicidade. De acordo com Luís Greco, após as contribuições finalistas sobre a comunhão entre causação do resultado, no plano objetivo, e o dolo, no plano subjetivo, a teoria moderna da imputação objetiva se desenvolveu como forma de evitar abusos ocorrentes pela teoria finalista quando da análise da autoria[34], chegando, por meio da mesma dinâmica, a incrementar o tipo objetivo da participação, utilizando dos princípios gerais da imputação objetiva para solução dos problemas inerentes à cumplicidade, de forma mais satisfatória para a dogmática desta espécie de participação[35]. Nesse sentido, "também a ação do cúmplice deverá, além de causar o resultado (o injusto principal), criar um risco juridicamente desaprovado de que este resultado ocorra, risco esse que deve nele realizar-se"[36].

Enriquecendo o tipo objetivo da cumplicidade com elementos da imputação objetiva, como a criação de um risco juridicamente desaprovado que se realize no resultado, as respostas aos problemas da cumplicidade através das ações neutras seriam mais satisfatoriamente respondidas[37], pois "tudo o que diz a teoria da

30. Idem.
31. Ibidem, p. 6.
32. Idem.
33. Ibidem, p. 9.
34. "se o médico operasse o paciente terminal, prolongando-lhe a vida por mais dez dias, teria ele praticado uma ação típica de homicídio doloso, uma vez que causou a morte concreta, a morte dez dias depois; e teve o conhecimento e a intenção de causar este resultado" (GRECO, Luís. Op. cit., p. 12-13).
35. Ibidem, p. 14.
36. Ibidem, p. 15.
37. Ibidem, p. 16.

cumplicidade através do termo 'auxiliar', consegue dizer a teoria da imputação objetiva através da ideia da criação de um risco"[38].

Assim, muito embora a maior parcela da doutrina descreva o conceito unitário de autor como vigentes no direito brasileiro, para a análise das ações neutras será preciso se filiar às teorias minoritárias – mais recentes, como afirma Luís Greco[39] – para a tentativa de demonstração da participação criminal no seu limite para baixo[40].

O que justifica a proposta, muito embora em divergência com a maior parte da doutrina nacional, é a possibilidade de limitação do poder punitivo pelo incremento do conceito de cumplicidade com a teoria da imputação objetiva. As lacunas de punibilidade, quase que inexistentes num conceito que expande a extensão da autoria, podem ser solucionadas pelas considerações da imputação objetiva, por óbvio. No mesmo sentido, a cumplicidade, se enriquecida com os conceitos da moderna teoria, também poderá representar uma limitação em prol da exigência de uma maior racionalidade na repressão penal.

4. A Lei 12.683/2012 atribuiu aos advogados o dever de garantidores, nos termos do art. 13, § 2º, CP?

O processo de expansão repressiva justificada pela eficiência na persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro foi entendido por Jesús-Maria Silva Sánchez como uma manifestação expansionista razoável do direito penal quando restrita ao núcleo do tipo, mas de expansão irrazoável "no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante"[41].

A perspectiva redutora adotada por Jesús-María Silva Sánchez direciona a repressão punitiva da lavagem de dinheiro às ocasiões de grande abalo à ordem econômica, fato este que somente poderia ocorrer mediante a atividade de grandes chefes das quadrilhas de crime organizado. Aos atos de menor expressão econômica, que

38. Idem.

39. Ibidem, p. 10.

40. Conforme ref. 17, a participação criminal em seu limite para baixo se situa entre a participação punível e as ações neutras.

41. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

isoladamente não põem em risco a ordem econômica, talvez se justificaria a sanção administrativa para a conduta, mas não a sanção penal[42].

O fenômeno pôde começar a ser percebido por Schünemann ao final da década de 1970, quando propôs que o controle interno das empresas serviria como uma estratégia eficaz de prevenção complementar ao direito penal, perante a fragilidade natural que este possui para prevenção destes tipos de delito[43]. As consequências dessa dinâmica podem ser notadas na tendência à busca de responsabilização penal das pessoas jurídicas, bem como à responsabilidade das pessoas físicas que nelas laborem[44]. Tendência esta que ainda não se encontra solucionada pelo direito penal, haja vista a complexidade das estruturas empresariais em que se encontram inseridos os seus administradores[45].

É sob esse panorama que se encontra inserida a legislação brasileira sobre a lavagem de capitais. Na medida em que o estado não mais conseguiu captar as movimentações financeiras com potencialidade criminosa, o antídoto foi atrelar a *autorregulación* empresarial com a *heterorregulación* jurídica (administrativa e penal) para o efetivo combate à lavagem de dinheiro[46].

Muito embora a advocacia não tenha sido a motivação da expansão do direito penal econômico, os reflexos à classe, quando diante de uma suposta prática de lavagem de dinheiro, parecem inevitáveis na atual complexidade da sociedade contemporânea. E foi esse o sentido positivado pela legislação que buscou tornar mais efetiva a persecução criminal no combate à lavagem de capitais.

A alteração da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais) pela Lei 12.683/2012 trouxe contornos (e inquietações) peculiares ao ordenamento jurídico brasileiro em matéria de política criminal, bem como problemas concernentes à teoria do delito, tudo sob o pretexto de tonar mais efetiva a persecução penal nos crimes de branqueamento.

42. Ibidem, p. 120.
43. BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delitiva del *compliance officer*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 171.
44. Ibidem, p. 172.
45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: Edisofer, 2013. p. 57.
46. BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 171.

A dinâmica apresentada pela lei inseriu o País na chamada legislação de combate à lavagem de dinheiro de terceira geração, isto é, se em um primeiro momento houve a delimitação do crime antecedente necessário basicamente sobre as condutas inerentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, a segunda geração legislativa ampliou esse rol e acrescentou critérios normativos, como a exigência de crimes apenados com pena mínima acima de um ano de reclusão, e na quadra histórica em que se encaixa o panorama brasileiro, a da terceira geração legislativa das leis de combate à lavagem de dinheiro, expandiu-se a repressão estatal sobre tais práticas, na medida em que foi excluída a previsão normativa de um rol de delitos antecedentes à lavagem de capitais[47].

A expansão se evidencia quando a exigência de "crime" antecedente (Lei 9.613/1998) é substituída por "infração penal" (Lei 12.683/2012), incluindo as contravenções penais como possíveis antecedentes à lavagem de dinheiro; quando se percebe a exclusão do rol taxativo dos crimes vinculados à lavagem do art. 1º da Lei 9.613/1998; assim como em razão de o servidor público poder ser afastado de seu ofício em razão do mero indiciamento para apuração deste delito (art. 17-D da Lei 12.683/2012); e, principalmente, ao que interessa para o presente trabalho, à ampliação do rol previsto ao art. 9º, XIV, da Lei 12.683/2012.

A extensão legislativa apresentada pela vigente Lei de Lavagem de Dinheiro sofreu influência do contexto normativo elaborado internacionalmente "no âmbito da Comunidade Europeia, das Diretivas 91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2008/20/CE, emitidas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu"[48], em razão do consenso na percepção internacional de que o delito de lavagem de capitais tomara proporções e obtivera características que transcendem o local de obtenção dos bens, direitos ou valores de proveniência ilícita.

No entanto, a própria Diretiva 2001/97/CE, ao abordar a questão da advocacia diante da lavagem de dinheiro, assim estabelece ao item 17:

> "Todavia, sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da diretiva,

47. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 61/62.

48. GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, 246, ago. 2012. p. 10.

> impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas atividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, exceto se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais".[49]

Foi de Feuerbach a sistematização da posição de garantidor a partir de suas fontes formadoras, as quais identificou como a lei ou o contrato[50], sendo esse um marco para o entendimento de que o fundamento de punibilidade dos delitos omissivos impróprios seria a existência de um dever especial de se evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal[51], e é também sob esse molde que se encontra afixada a posição de garante no Código Penal Brasileiro (art. 13, § 2º) desde o Anteprojeto elaborado em 1962 por Nélson Hungria. A técnica de apenas situar formalmente a posição de garantidor, no entanto, como bem nota Juarez Tavares, afronta em alguma medida o princípio da legalidade e é incapaz de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garante[52].

A partir da insuficiência de se situar a posição de garantidor apenas pelo critério formal, desenvolveu-se o conteúdo material dessa posição, chegando-se ao atual estado de subdivisão em dois grandes grupos: garante de proteção e garante de vigilância[53]. Enquanto ao primeiro são atribuídos deveres especiais em virtude de suas relações funcionais mais próximas da vítima, cabendo a ele a proteção de todos os bens jurídicos situados em sua zona de influência, ao segundo cumpre "deveres de fiscalização ou supervisão de certos objetos

49. DIRECTIVA 2001/97/CE Do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 28.12.2001.
50. FEUERBACH, Anselm Ritter von. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts, 1803. p. 24 e ss apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 2012. 450 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. p. 299.
51. TAVARES, Juarez. Op. cit.
52. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 301.
53. KAUFMANN, Armin. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 282 apud TAVARES, Juarez. Op. cit.

geradores de perigo, bem como em relação a perigos que decorressem de ações precedentes realizadas pelo sujeito"[54].

Portanto, a questão que se coloca nesse momento é: ainda que se admitisse o advogado como obrigado pela Lei de Lavagem de Dinheiro, seria a previsão legal suficiente para enquadrá-lo na posição de garante?

Sabe-se que os deveres de garante de proteção e de vigilância de bens jurídicos estão postos ao art. 13, § 2º, alínea *a*, do Código Penal, mas, conforme esclarecido, a simples previsão legislativa não basta para a atribuição da posição de garantidor. Conforme Juarez Tavares, melhor e mais adequada seria a combinação dos critérios formais e materiais para se aventar a possibilidade de atribuição da posição de garante,[55] o que leva à conclusão de ser insuficiente a mera previsão legislativa para a atribuição da posição de garante – caso se considere que a alteração legislativa apresentada pela Lei.12.683/12 tenha elencado os advogados a tal condição –, haja vista a necessidade de melhor averiguação entre o enunciado normativo e o modo da relação existente entre o omitente e o bem jurídico, assim como entre o primeiro e as fontes produtoras de perigo[56].

Nota-se, portanto, que ainda que a Lei de Lavagem tivesse elencado formalmente os advogados à posição de garante de bem jurídico, não seria somente pela previsão normativa que poderia a eles ser atribuído dogmaticamente o dever e evitar o resultado. E afirma-se, ao contrário da hipótese anteriormente aventada, que a alteração legislativa não elencou os advogados a tal condição, pois conforme observa José Danilo Tavares Lobo[57], é impossível

54. TAVARES, Juarez. Op. cit.

55. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 304.

56. A sutileza que pode existir diante de uma situação material é bem explicada por Juarez Tavares e serve para a devida observação sobre a cumulação dos critérios formais e materiais para a averiguação da posição de garante, quando o autor analisa o exemplo das relações familiares, que embora sejam parentes, enquanto os pais são obrigados normativamente a arcarem com o sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566 e art. 1.568, ambos do Código Civil), além do dever de protegê-los fisicamente (art. 229 da Constituição Federal), elencando-os à imposição legal do art. 13, § 2º, alínea *a*, "nada se fala legalmente acerca do dever de garantidor dos irmãos ou dos tios e sobrinhos. Isso conduz a tratá-los no âmbito das relações contratuais ou de assunção fática de proteção, mas, então, com a exigência de que, em face da natureza de seu relacionamento, se possa assegurar que um assumiu essa posição de garantidor para com o outro" (TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 304-305).

57. LOBATO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 22. n. 257, 2014.

se criminalizar aprioristicamente o exercício da advocacia, que possui, como umas de suas prerrogativas, o dever específico de sigilo profissional e confidencialidade na relação representante/representado, ainda mais quando se considera que a própria lei não transformou o advogado como garante de proteção ou vigilância, mas somente atribuiu deveres genéricos de comunicação aos órgãos estatais que não os lançaram o dever de evitar o resultado lesivo da lavagem de dinheiro[58].

A doutrina costuma distinguir duas categorias de prestação de serviços advocatícios, sendo que a primeira corresponde aos advogados que atuam judicialmente e/ou extrajudicialmente na defesa de seus clientes, ou então que prestam consultorias e elaboram pareceres servindo aos litígios judiciais e extrajudiciais dos representados; e também os advogados de operações, quais sejam, aqueles que de certa forma auxiliam materialmente para consolidar operações financeiras de seus clientes, ainda que a atividade não esteja vinculada a um processo judicial[59]. Pierpaolo Cruz Bottini[60], utilizando da divisão apresentada por Carlos Gómez-Jara Díez, elabora o panorama normativo internacional sobre os deveres do advogado, utilizando da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como da Recomendação 16 do GAFI, para concluir que os profissionais

> "de contencioso ou consultivos para contencioso – ou aqueles consultados para determinar a situação jurídica do cliente – estariam desobrigados, enquanto que os demais devem prestar informações sobre os atos suspeitos de lavagem de dinheiro que cheguem ao seu conhecimento"[61].

À normativa combatente da lavagem de dinheiro em âmbito doméstico (Lei 12.683/2012, art. 9º, XIV), visto que representante da mesma lógica internacional, também se extrai que "os advogados de representação contenciosa não

58. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 246, ago. 2012. p. 14.

59. GÓMEZ-JARA DÍEZEL, Carlos. El critério de los honorários profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductório. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Org.). *Politica criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 179.

60. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 135.

61. Ibidem, p. 135.

são obrigados à comunicação" [62]. Em análise prematura, poderia se entender que a desobrigação se refere aos advogados que prestam o serviço inerente ao direito de defesa do réu, pois se de outra forma agissem, ou seja, atuando na estrutura criminosa das operações de branqueamento de capitais, empregando seus conhecimentos para colaborar com os negócios do cliente, seriam, no mínimo, obrigados a comunicar as operações. No entanto, conforme Pierpaolo Cruz Bottini, o dever de comunicação se insere num conflito aparente de normas com o dever de sigilo e confidencialidade entre representante e representado (art. 34, VII, da Lei 8.906/1994), com a desobrigação do advogado em depor como testemunha sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX, da Lei 8.906/1994), além do próprio crime de violação de segredo profissional (art. 154 do Código Penal). O posicionamento é adotado pelo autor em razão do critério da especialidade para solução do conflito aparente de normas. Ou seja, se a lei de lavagem não atribui expressamente ao advogado o dever de comunicação, e o Estatuto da Advocacia prevê regras específicas de sigilo profissional na atuação do advogado, o último deverá prevalecer[63]. Com isso, é possível se perceber que a intenção de tornar efetiva a persecução criminal nos crimes de lavagem de dinheiro não atribuiu obrigação nenhuma aos advogados, pois como também analisa José Danilo Tavares Lobato, "os arts. 10 e 11 da Lei 9.613/1998 impõem somente os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. Estes não são deveres de garantia de evitação do resultado, nem há a imposição de outros deveres em nossa legislação"[64], de modo que a leitura expansionista do poder punitivo e representante de uma obrigação de colaboração aos advogados não se justifica seja no panorama internacional ou doméstico.

A concepção material da figura do garante, no mesmo sentido, também não eleva o advogado a tal condição. Embora o bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem de dinheiro seja a Administração da Justiça (e nesse ponto existem algumas divergências[65]), não deve ela ser entendida como apta para elencar o ad-

62. Ibidem, p. 137.

63. Ibidem, p. 138.

64. LOBATO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 257, 2014.

65. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47 e ss.

vogado à condição de garante de evitação do resultado em virtude da necessária análise sobre a relação profissional dos sujeitos envolvidos, ou então da responsabilidade pelas fontes de perigo (não que tais critérios satisfaçam devidamente o princípio da legalidade[66], mas em comunhão com os formais podem ensejar em maior lógica à omissão imprópria), as quais, como se verá, não poderão dirigi-los à posição de garante.

Quanto às relações profissionais que possam corresponder a um complemento ao conteúdo material (e é nesse ponto que poderia se enquadrar a obrigação do advogado), é necessário que a interpretação seja realizada de forma restritiva, a fim de melhor atender ao princípio da legalidade e de menor intervenção estatal seja na esfera individual ou das relações laboriosas, das quais decorrem a necessidade e racionalidade para a intervenção do poder punitivo[67]. Por meio da exigência de racionalidade para o exercício do *ius puniendi*, por exemplo, é possível perceber a incongruência que existe ao se elencar os advogados, através da omissão imprópria (seja como garante de proteção, seja como vigilância), ao dever de evitação do resultado, quando se garante e obedece (devidamente, diga-se) ao princípio do *nemo tenetur se deterege* para o sujeito ativo do delito. É dizer: não pode o Estado, com justificativa em sua inoperância e talvez incapacidade diante da sofisticação que possa ocorrer nas práticas da lavagem de capitais, se valer da cínica e instrumental justificativa de atribuição e persecução penal em face dos que entende como obrigados ao registro e comunicação de eventuais suspeitas do delito. A irracionalidade se configura ao perceber que a garantia de não produção de provas contra si mesmo daquele que tiver executado o crime de lavagem de dinheiro (direito este reconhecido sob a qualidade de garantia fundamental em face da intervenção estatal) tende a ser superada retoricamente pela exigência e imposição de dever de comunicação imposta ao seu advogado[68], como forma de evitar a prática delitiva e tornar mais eficiente a persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro[69].

66. TAVARES, Juarez. Ibidem, p. 303.

67. Ibidem, p. 303.

68. Aqui não compreendidos aqueles que exercem função de administrador de bens, mandatários para representação não processual, como gestor de negócios ou consultor em questão não jurídica, sendo essa a posição chancelada por Heloisa Estellita a partir das construções de Pierpaolo Bottini e Gustavo Badaró (ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. *Excercício da advogacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 25; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit. p. 138-144).

69. Justificativa elencada para a Lei 12.683/12.

Ao caso dos advogados, conforme já observado, vislumbra-se a inexistência do dever; no entanto, por questões acadêmicas, é pertinente a análise quanto à capacidade de evitar o resultado ofensivo ao bem jurídico. Sendo a Administração da Justiça um bem jurídico que, de tão amplo[70], chega a ser vago, observa-se a dificuldade de delimitação quanto ao seu alcance e de estabelecimento de critérios seguros para a imputação por tal ofensa. Questão sensível a respeito do bem jurídico tutelado, como condição à sua punição, é a verificação substancial dos atos que representem algum dano ou perigo à sua figura[71], mediante dois pressupostos indispensáveis: a mais precisa identificação das condições existentes entre o omitente e a vítima, ou entre o omitente e a fonte produtora do perigo ou das relações profissionais entre eles. Parte-se do dever de impedir o resultado para, por consequência, a capacidade de sua evitação[72]. Conforme Juarez Tavares, será ilegítima a construção de um tipo que possa suscitar dúvidas quanto ao seu objeto, alcance e forma de ofensa ao bem jurídico[73]. De acordo com o autor, a "precisa e incontroversa identificação das condições de garantidor constitui o pressuposto principal, sem o qual não pode subsistir uma incriminação"[74], de modo que aos advogados, aos quais não existe uma norma legal apta a se atribuir o dever de garante de evitação da ofensa ao bem jurídico, nada se pode falar quanto à eventual hipótese de incriminação; e nesse ponto também esbarra a tentativa de enquadramento do advogado como garante e por consequência revela-se como infrutífero o esforço para o seu enquadramento a partir da concepção material da figura do garante.

Torna-se demasiadamente excessivo, portanto, entender como aplicável ao caso dos advogados o dever de garante previsto ao art. 13, § 2º, do Código Penal. Isso não significa que há uma imunidade ao advogado naquilo que consista à caracterização do delito de lavagem de dinheiro, mas, sim, em conformidade com a diretiva que motivou a persecução mais eficiente em nosso país, uma possibilidade de atuação do advogado que labore em processo judicial de não ser obrigado a notificar suspeitas de branqueamento de capitais. Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi pontuam, nesse sentido, quando da análise das ações neutras na advocacia colocada num contexto de lavagem de capitais, que quando o advogado se torna peça de organização criminosa, ou então possui o conluio prévio para a

70. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 53.

71. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 32.

72. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 33.

73. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 33.

74. Idem.

consumação delitiva, estaria afastado o risco permitido e deveria ser considerado o elemento subjetivo para a imputação do crime de lavagem de dinheiro[75], não havendo o que se falar sobre ações neutras nessa hipótese.

No entanto, dada a complexidade que envolve as relações de trabalho em plano horizontal, ou seja, quanto à própria divisão do trabalho, e em plano vertical, ou seja, quanto à hierarquia existente nestas organizações empresariais que supostamente se inclinem para a prática de lavagem de capitais, a busca por responsabilização penal é ainda mais difícil[76]. Nesse sentido que, para exame no presente trabalho, as considerações sobre a cumplicidade na lavagem de dinheiro por parte do advogado se inserem balizadas no tipo objetivo, perante todas as dificuldades apresentadas pela eventual análise preponderante do tipo subjetivo, fator que poderia recair, por exemplo, no direito penal de ânimo[77].

5. As ações neutras podem auxiliar na questão do advogado em face da lei de lavagem de dinheiro?

A estrutura da participação, conforme ensina Luis Greco, subdivide-se em duas formas: instigação e cumplicidade. À questão das ações neutras, no entanto, a análise deve pairar sobre a estrutura da cumplicidade, ou seja, "o auxílio, a contribuição, para que um terceiro cometa um fato típico e antijurídico"[78], sendo que o auxílio significa "qualquer ação que facilite, possibilite, intensifique ou assegure o cometimento da ação principal"[79], seja ele de caráter material, seja psíquico. Às ações neutras, portanto, o que concerne é a questão da cumplicidade, pois ali estariam inseridas as contribuições socialmente rotineiras e profissionalmente adequadas[80]. Registre-se, desde logo, a advertência de Heloísa Estellita, a qual entende como temerária a utilização da teoria das ações neutras para a análise desse ponto, preferindo situar o debate no âmbito da desaprovação jurídica

75. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 246, ago. 2012. p. 14.
76. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: Edisofer, 2013. p. 60.
77. Nota de rodapé n. 11.
78. GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7.
79. Idem.
80. Nota de rodapé n. 1.

do risco, pois observa que para melhor delimitar a distinção entre as ações neutras das contribuições típicas seria necessária uma autorregulação da OAB para separar as atividades advocatícias postas ao art. 9º, inciso XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro[81]. No entanto, pela relevância do tema e pela insistência na utilização das ações neutras para a análise da atividade do advogado, faz-se necessária a análise detida sobre o tema.

Como as ações neutras estão situadas no limite para baixo da participação criminal, à primeira análise pode surgir a aparência de que se trata unicamente de um problema referente aos marcos penais dos art. 29 e 31, ambos do Código Penal. No entanto, com a edição da Lei 12.683/2012, ao art. 9º, XIV, impôs-se um dever de garante de evitação do resultado lesivo da lavagem de dinheiro aos profissionais ali elencados como as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Nesse panorama, aquele indivíduo que não comunicar às autoridades competentes a suposta prática do crime de lavagem de dinheiro poderá, à primeira vista, ser alçado aos marcos da omissão penalmente relevante, prevista ao art. 13, § 2º, do Código Penal.

No entanto, da correta leitura dos arts. 10 e 11 da lei de branqueamento de capitais, conforme José Danilo Tavares Lobato, extrai-se que a obrigação das pessoas elencadas ao art. 9, XIV, implicam somente os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação, mas jamais um dever de garantia de evitar o resultado[82].

Como já percebido, ao advogado existe um conflito aparente de normas com a obrigação positivada à lei de combate ao branqueamento de capitais, o qual já

81. ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. *Excercício da advogacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 26.

82. LOBATO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 257, 2014.

seria suficiente para solucionar a questão do sigilo profissional em prol da obrigação de comunicação às autoridades competentes em caso de suspeita de lavagem de dinheiro, sendo que o fator do segredo profissional e a desobrigação de evitar o resultado já seriam suficientes para resolver o problema.

Mas a questão que envolve a lavagem de capitais é complexa e envolve clamores de âmbito internacional e doméstico. A própria finalidade da Lei 12.683/2012, de tornar mais eficiente a persecução criminal nos crimes de lavagem de dinheiro, reflete a busca enérgica pelo combate ao branqueamento, não estando os advogados eximidos de tal sede punitiva – muito embora os argumentos apresentados serem suficientes para enterrar o assunto.

É nesse sentido que a questão das ações neutras pode se comunicar com a (des) obrigação de evitar o resultado lesivo da lavagem de dinheiro numa omissão penalmente relevante. Aliás, a questão do advogado diante do combate ao branqueamento de capitais se tornou relevante desde a promulgação da referida alteração legislativa, mas até hoje, ainda que existentes diversos posicionamentos doutrinários desobrigando-os do dever de comunicação, a discussão continua viva.

Inserindo a cumplicidade no contexto da omissão penalmente relevante, de modo geral, podemos citar o posicionamento de Nilo Batista:

> "O garantidor que omite a ação impeditiva do resultado é autor, e sua autoria se fundamenta na violação do dever especial ao qual estava adstrito. Se o resultado foi produzido por conduta dolosa de outrem (que por igual é *autor*, pelo domínio do fato), temos em realidade dois autores, duas autorias incomunicáveis (autoria colateral). Assim, no exemplo de Hungria, não nos reportaríamos a qualquer 'vontade de aderir'. Para forçar a solução impossível (participação), nem erigiríamos a covardia em cláusula liberatória do dever de atuar que fundamenta, ali, a autêntica autoria do guarda (sem embargo do papel que essa covardia pudesse desempenhar na consideração da culpabilidade). Dessa forma, e contrariamente à opinião da doutrinária brasileira predominante, deveremos estabelecer que onde exista o dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas *poderá* haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado)."[83]

A posição de Nilo Batista auxilia à solução do problema. Isso porque, se em havendo um dever de garante positivado, aquele que se omite, nos termos do

83. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes* – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 173.

art. 13, § 2º, do Código Penal, não será considerado cúmplice, senão autor do delito, em coautoria com aquele que realizou dolosamente o resultado. Assim, transportando o ensinamento para o art. 9º, XIV, da Lei 12.683/2012, observa-se, no sentido já exposto, que os advogados não foram alçados à condição de garante de evitação do resultado do branqueamento de capitais, seja em razão de o dispositivo não prever expressamente o caso dos advogados e por isso incidir o critério da especialidade em prol do sigilo profissional constante no estatuto da advocacia, no caso de se suscitar um conflito aparente de normas, ou então em virtude de os arts. 10 e 11 da alteração legislativa não implicarem em um dever de evitar o resultado, senão somente nos deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação às autoridades competentes. Sob essa perspectiva, utilizando dos dois fundamentos, já não haveria que se falar em omissão penalmente relevante do advogado contrastado à Lei 12.683/2012.

Esta é a posição mais adequada para o problema do advogado em face da lei de lavagem de capitais. No entanto, em se tratando de uma atividade profissional, cotidiana, também é pertinente a análise sob a óptica das ações neutras.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, utilizando-se da solidariedade apontada por Durkheim como elemento determinante da integração dos diferentes membros do corpo social, questionam quando que a falta dela ensejaria na realização do incremento do risco proibido (utilizando dos critérios da imputação objetiva, como já visto, perfeitamente apto à análise da participação). A resposta dos autores é de que haverá o incremento do risco proibido quando a participação violar o disposto no art. 13, § 2º, do Código Penal, pois ali estaria localizado, ainda que genericamente, a punição da falta de solidariedade:[84]

> "Nesse sentido, sustenta-se que para configurar a participação é necessária a existência de um dever específico de evitar o resultado, instituído por uma norma, sob pena de se instituir o já citado 'dever generalizado de vigilância' submetido ao controle expansivo do Direito Penal. Este dever específico deve ser tal que expresse a obrigação do omitente de evitar o resultado criminoso, nos termos do art. 13, § 2º. Ao revés, os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado, não configurando, portanto, participação criminal. Na Lei de Lavagem, é exatamente isso que ocorre com a previsão dos deveres atribuídos às pessoas (art. 9º, XIV) cujas atividades são sujeitas ao mecanismo de controle

84. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 246, ago. 2012. p. 14.

> (art. 10), ali incluindo os advogados, seja pela consultoria ou assessoria, de comunicar as operações que possam constituir sérios indícios de lavagem de dinheiro (art. 11, II)."[85]

Assim, percebe-se que o caminho hábil para a solução do problema apresentado pela alteração legislativa da lei de combate ao branqueamento de capitais melhor se solucionaria pelos critérios apontados por Nilo Batista, pois de sua doutrina é possível extrair que se o sujeito não for alçado à condição de garante, não poderá ele responder por uma omissão penalmente relevante, conforme o art. 13, § 2º, do Código Penal, mas se for atribuído o dever de garante, não ocorrerá participação, e sim autoria colateral à conduta outro autor (o que detém o domínio do fato). O critério da especialidade, conforme ensina Pierpaolo Cruz Bottini[86], também auxilia a resolução da questão se posto em debate o conflito aparente de normas do sigilo do advogado com um dever de comunicação em caso de suspeita de lavagem de dinheiro por parte de seu cliente.

No mais, quanto à proposta do capítulo, bem como em consideração ao amplo debate que vem se instaurando sobre a possibilidade de responsabilização do advogado nesse momento de expansão do direito penal, as ações neutras também poderão servir como mecanismo redutor do avanço punitivo. Por ela, utilizando das pontuações de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, extrai-se que é possível retirar do art. 13, § 2º, do Código Penal, o dever de solidariedade, bem como que, se não estiver positivado o dever de garante ao advogado – como de fato não está, pela análise dos arts. 9º, XIV, 10 e 11 da Lei 12.683/2012 –, não há que se falar em participação pelo incremento do risco, conforme a teoria da imputação objetiva. Ou seja, se não foi criado um dever específico para o advogado de evitar o resultado, não se aduz a sua intervenção delitiva.

6. Conclusão

A notória expansão do direito penal na sociedade contemporânea abarca, sem dúvidas, a tendência na repressão enérgica dos atos de lavagem de dinheiro. Essa marcha conduziu o Brasil, seguindo os passos das normas internacionais, a recrudescer suas normas penais visando "tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro". A alteração legislativa implantada pela Lei 12.683/2012 inseriu o Brasil no contexto da chamada legislação de terceira

85. Idem.

86. Nota de rodapé n. 55.

geração no combate ao branqueamento de capitais, em que não mais se exigiu a prática de "crime" como antecedente à lavagem de dinheiro, bastando o cometimento "direta ou indiretamente, de infração penal", excluindo o rol taxativo anteriormente existente, além de atribuir deveres de comunicação às autoridades competentes às pessoas físicas ou jurídicas que percebam a suposta prática do crime de lavagem de dinheiro, conforme os arts. 9, XIV, 10 e 11 positivados na alteração legislativa.

Diante das normas de comunicação, questionou-se se os advogados estariam obrigados a comunicar às autoridades competentes caso houvesse a suspeita da prática do delito de branqueamento de capitais, surgindo ali um incômodo jurídico. As próprias normativas internacionais ditam, no entanto, conforme a Diretiva 2001/97/CE, item 17, que há que se exonerar os advogados de informar as autoridades competentes em caso de suspeita de prática de lavagem de dinheiro por seu cliente, seja antes, durante, seja após o processo judicial.

No panorama doméstico também é possível perceber que, muito embora o momento punitivista exija uma repressão cada vez maior aos atos de lavagem de capitais, a própria alteração legislativa não atribuiu expressamente aos advogados o dever de evitar o resultado delitivo, somente cabendo àquelas pessoas ali elencadas os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação às autoridades competentes em caso de suspeita de lavagem de dinheiro. E mais: por não ter especificado em seus dispositivos a questão do advogado, o critério da especialidade é inteiramente apto a fazer prevalecer o dever de sigilo do advogado em face do dever de comunicação às autoridades competentes previsto pela lei de combate à lavagem de dinheiro, pois essa é a regra positivada na legislação específica do Estatuto da Advocacia.

As ações neutras ou cotidianas, conforme apresentado ao primeiro e segundo capítulos, também podem auxiliar na questão do dever de comunicação dos advogados às autoridades competentes. Como se sabe, é perfeitamente possível que se utilize de critérios da imputação objetiva para o exame da participação criminal por meio da cumplicidade. É esse o núcleo em que se insere a ação neutra, como critério de participação criminal no limite para baixo.

Nesse contexto, conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, aquele dever genérico de comunicação aos órgãos estatais de controle não implicariam em dever específico aos advogados de evitar o resultado da lavagem de dinheiro. Como a punição pela falta de solidariedade (princípio inerente às ações neutras) se encontra genericamente positivada ao art. 13, § 2º, do Código Penal, bem como levando em conta que a lei de lavagem não atribuiu ao advogado o dever de garante já mencionado, é possível que se utilize dos critérios da imputação objetiva para

observar se houve ou não a configuração do risco proibido. Ou seja, se não houve um incremento à ação do terceiro que configure o risco proibido, não há que se falar em participação punível no delito de outrem, visto se imperar a ação cotidiana (neutra) no contexto de atuação do advogado, tornando atípica sua conduta.

Assim, percebe-se que a dinâmica contemporânea tende pela expansão do direito penal também (e talvez principalmente) em relação à lavagem de capitais, sendo esse um mandamento global. No entanto, para que tal expansão não seja irrazoável, torna-se necessário o aporte de critérios redutivos do poder punitivo estatal, cabendo, em âmbito doméstico, como é a proposta do trabalho, a desconsideração do advogado como garante de evitação do resultado da lavagem, o critério da especialidade como apto a prevalecer o sigilo profissional (prerrogativa inexorável para o exercício da advocacia) em face do dever de comunicação, assim como as ações neutras, inseridas no contexto da participação criminal sob elementos da teoria da imputação objetiva, a qual poderá eximir o advogado do dever previsto aos arts. 9º, XIV, 10 e 11 da Lei 12.683/2012 (caso a expansão se consolide e fixe o entendimento de que o advogado também é obrigado a comunicar às autoridades competentes), desde que ele não incremente um risco e o torne proibido.

7. Referências

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes* – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delitiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, 1803.

GÓMEZ-JARA DÍEZEL, Carlos. El critério de los honorários profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductório. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Org.). *Politica criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, 246, p. 10, ago. 2012.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 107, 2014.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 237, p. 13, ago. 2012.

LOBATO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 257, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. Tese (doutorado). 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: Edisofer, 2013.

SOUZA, Maria de Lourdes. La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n, 2, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 2012. 450 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente, de Ana Beatriz da Silva Gomes e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – *RT* 995/385-405 (DTR\2018\18284);
- Ações neutras e teoria do abuso de direito – Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia, de José Danilo Tavares Lobato – *RBCCrim* 111/113-156 (DTR\2015\239); e
- Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, de Fernando Gardinali Caetano Dias – *RBCCrim* 110/147-174 (DTR\2014\18439).

A prerrogativa do sigilo sobre honorários profissionais e a lavagem de ativos: uma análise a partir da advocacia criminal como atividade de risco

Client-attorney privilege on legal fees and money laundering: an analysis from criminal advocacy as a risk activity

Rodrigo Sánchez Rios

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma Tre, La Sapienza (1991). Graduado em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (1986). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado criminalista.
rodrigo@sanchezrios.com.br

Guilherme Siqueira Vieira

Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2017). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014). Professor de Direito Penal da Faculdade Paranaense (FAPAR). Advogado criminalista.
guilhermesv@sanchezrios.com.br

Recebido em: 10.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão dos autores: 17.06.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: São recorrentes notícias veiculadas dando conta do suposto envolvimento de advogados em práticas delitivas variadas. Não menos desconhecidas são as indagações formuladas a respeito da natureza dos honorários percebidos por esses profissionais, mormente aqueles atuantes na advocacia criminal, conforme extraído de normativas internacionais e projetos de lei em trâmite nas casas legislativas. Diante desse cenário e da necessária prevalência do sigilo sobre os mais diversos aspectos da atuação profissional do advogado, o artigo tem por proposta verificar os contornos do segredo profissional

Abstract: There is a recurrence of news reports about the alleged participation of lawyer in various crimes. No less unknown are questions regarding the nature of professional fees gained by these professionals, especially criminal lawyers, as seen on international law, both hard law and soft law, and draft bills presented on Congress. Thereof, considering the supremacy of professional secrecy on various aspects of lawyer practice, the proposal of this study is to verify details of client-attorney privilege when faced with money laundering accusations regarding paid legal fees. For this purpose, the first point discusses the nature

Rios, Rodrigo Sánchez; Vieira, Guilherme Siqueira. A prerrogativa do sigilo sobre honorários profissionais e a lavagem de ativos: uma análise a partir da advocacia criminal como atividade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 159. ano 27. p. 205-242. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

perante o percebimento de honorários e práticas de lavagem de dinheiro. Para tanto, discorre, por primeiro, sobre a natureza do sigilo, sua previsão no ordenamento pátrio e suas ramificações. Sequencialmente, avalia, a partir dos marcos propostos pela teoria da imputação objetiva, as possibilidades de responsabilização criminal do advogado, sobretudo quando confrontado com práticas de branqueamento. Em terceiro, desenvolve, com substrato nas bases teóricas anteriormente construídas, as hipóteses legais e práticas onde o sigilo profissional poderá ser relativizado em favor da investigação ou processo de lavagem de capitais. Por fim, conclui-se pela importância do resguardo do sigilo para não se vulnerar a essencialidade da função exercida pelo advogado na ampla defesa.

Palavras-chave: Advocacia – Sigilo profissional – Lavagem de dinheiro – Imputação Objetiva – Condutas neutras.

of client-attorney privilege, its legal provision and its repercussions. Then, based on the Objective Imputation Theory, possibilities of lawyer criminal liability are studied, most importantly when confronted with money laundering. Thirdly, hypotheses are developed to better understanding the attorney secrecy can be disregarded in favour of money laundering criminal procedures. In conclusion, it is emphasized the necessity to protect client-attorney privilege and fundamental rights of defence represented by lawyers.

Keywords: Advocacy – Client-attorney privilege – Money laundering – Objective Imputation Theory – Neutral actions.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A regra deontológica do sigilo profissional do advogado, sua abrangência aos honorários profissionais e os questionamentos quanto ao seu caráter (quase) absoluto. 3. A advocacia criminal como atividade de risco e as condições limítrofes para imputação de responsabilidade penal sob o marco da lavagem de ativos no recebimento de honorários. 4. A possibilidade de quebra do sigilo profissional defronte a prática de lavagem: hipóteses-base para uma melhor compreensão da temática e o estabelecimento de parâmetros interpretativos iniciais. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

Noticiou-se, em março de 2019, o cumprimento de mandado de prisão temporária expedido contra advogado em razão da suspeita que recaía sobre um depósito recebido em sua conta bancária, supostamente associado à prática de tráfico de entorpecentes e outros crimes perpetrados por organização criminosa na região norte do estado do Paraná[1]. A excepcionalidade da situação, a qual

1. Disponível em: [https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2019/03/18/apos-reconsiderar-decisao-juiz-manda-soltar-advogado-preso-em-londrina.ghtml]. Acesso em: 22.04.2019.

motivou imediata reação por parte da Ordem dos Advogados do Brasil[2], devia-se especialmente ao fato de a autoridade policial ter omitido em seu requerimento um dado essencial, qual seja, a qualidade de advogado do sujeito submetido à prisão cautelar, tratando-se o recebimento em sua conta corrente de legítimos honorários relativos à sua atuação profissional. Dessarte, a subsequente manifestação ministerial favorável à representação policial e a ordem prisional decretada pelo juízo processante foram levadas a cabo sob uma premissa plenamente equivocada, sendo revogadas de pronto – embora já violadas as prerrogativas profissionais do representado – quando efetivamente informada a sua real qualificação.

Essa breve nota remonta um cenário mais amplo – inclusive em âmbito internacional – sobre a temática da advocacia criminal, limites de sua atuação e a tênue linha entre suas prerrogativas e eventuais práticas delitivas[3] encetadas sob o manto da profissão jurídica[4], recorrentemente debatido nas mais diversas searas sociais, políticas e econômicas. A Suprema Corte da Columbia Britânica, por exemplo, julgou em 2015, por votação unânime, o reconhecimento de que os advogados estariam excepcionados das regras de análise financeira e controle de lavagem de ativos promovido pela *Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada* (FINTRAC), justamente por representar uma forma de violação ao privilégio existente entre cliente e seu assessor jurídico[5]. Contudo, passados

2. *Vide*: [www.oabpr.org.br/oab-parana-concede-desagravo-em-favor-de-advogado-preso-ilegalmente/] e [www.oabpr.org.br/advogado-preso-ilegalmente-e-desagravado-em-londrina/]. Acesso em: 22.04.2019.
3. Preponderantemente, os delitos de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação criminal sobre organização criminosa, crimes de falso, exploração de prestígio, tráfico de influência, apropriação indébita, crimes fiscais, evasão de divisas, entre outros.
4. Saliente-se que o caso inicialmente exposto não é situação isolada na rotina do sistema de justiça criminal, seja ele brasileiro ou em outras nações. Na pontual observação de Miguel Abel Souto, em prólogo de livro que trata justamente sobre advocacia e prevenção de lavagem de dinheiro, afirma: "Lamentablemente los casos de abogados condenados por blanqueo no son una hipótesis de laboratorio. [...] Asimismo, existe un manifesto peligro de que se instrumentalice a los abogados para el blanqueo de dinero, como pone de manifesto el Grupo de Acción Financiera en un reciente informe sobre la vulnerabilidad de las profesiones jurídicas para se utilizadas por los blanqueadores y las posibilidades de comisión imprudente por los abogados del delito de blanqueo de dinero son ilimitadas" (SÁNCHEZ-STEWART, Nielson. *Abogados y prevención del blanqueo de capitales*. Málaga: Editorial Ley 57. 2014. p. 5-6).
5. Para um relato bastante aprofundado sobre a realidade canadense e as peculiaridades do julgamento citado, *vide* MELLO, Fábio Roberto Barros. A experiência canadense.

pouco mais de três anos de tal decisão paradigmática, surge na opinião pública canadense manifestações críticas atrelando problemas financeiros daquela realidade econômica aos efeitos deletérios decorrentes de ações ilícitas de branqueamento de ativos, notadamente aquelas operacionalizadas com o apoio, ou inclusive por atividade direta, de advogados[6].

No Brasil, outro caso de repercussão revelou-se a partir do cumprimento de mandados de busca e apreensão contra o defensor constituído pelo autor do atentado perpetrado contra a vida do então candidato à presidência da República[7]. O principal questionamento – afora as circunstâncias do fato principal perquirido pelas autoridades – era tentar *conhecer a natureza e origem da remuneração do advogado contratado* para defender Adélio Bispo, diante da suposta falta de condição econômica do mandante. Sem embargo, levada a insurgência ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a medida decretada pelo juízo de origem foi suspensa liminarmente por representar ostensiva violação às prerrogativas do advogado representado. Conforme constou da decisão do Desembargador Federal Néviton Guedes, nos Autos de Mandado de Segurança 1000399-80.2019.4.01.0000[8], é impensável, em uma perspectiva democrática, "valer-se do Advogado ou de seu Escritório, como forma de investigar determinada prática criminosa". Pontua, ainda: "Aquele que procura o advogado deve ter a certeza de que toda e qualquer informação colocada à consideração de seu ofício e mister está, a princípio, resguardada pela proteção do sigilo profissional".

Enfim, há possibilidade de se reportar a inúmeras operações policiais e investigações criminais envolvendo advogados – sejam estes indicados em papéis auxiliares ou centrais – em hipotéticas organizações criminosas e estruturas de operações financeiras ilícitas para demonstrar a perene controvérsia da temática. Entretanto, não parece persistir dúvida que a evolução do Direito Penal e

---

In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 89-118.

6. Nas palavras da jornalista e editora-geral do *National Post*, Diane Francis: "Obviously, unregulated lawyers can enable laundering" (Disponível em: [https://business.financialpost.com/diane-francis/canada-ignored-its-gigantic-money-laundering-problem-for-years-and-lawyers-fanned-the-flames]. Acesso em: 22.04.2019.
7. Disponível em: [www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/12/21/interna_politica,726812/pf-faz-buscas-em-escritorio-de-advogado-do-homem-que-esfaqueou-bolsona.shtml]. Acesso em: 22.04.2019.
8. Decisão disponível em: [www.conjur.com.br/dl/liminar-advogado-autor-facada-bolsonaro.pdf]. Acesso em: 22.04.2019.

das regras deontológicas incidentes sobre os profissionais liberais transportou o gerenciamento do risco destas atividades do Estado para os próprios atores do mercado[9]. Posto de outra forma, transparece aos operadores do direito – principalmente aos advogados – uma preocupação para além do exercício técnico de sua atividade e o atendimento das pretensões externadas por seus clientes: os riscos decorrentes da própria remuneração de sua profissão legalmente exercida, os quais podem o colocar como alvo de ações preventivas e repressivas do Estado-policial.

Em outras palavras, na análise da criminalidade relacionada ao branqueamento de numerários, constatam-se as mesmas características e problemáticas emanadas a partir do conflito gerado entre os postulados clássicos e as novas formas de incorrer nesse fenômeno delitivo, produzindo iguais efeitos na formatação de sua prevenção e nas respostas normativas jurídico-penais fornecidas, sem descuidar, todavia, das garantias individuais, de seu caráter fragmentário e de seu predicado de intervenção mínima. Filipetto esclarece não ser possível valer-se exclusivamente dos parâmetros tradicionais da ciência penal para buscar uma tratativa suficiente ao fenômeno da lavagem de dinheiro, ponderando, outrossim, por uma *adaptação* e *modernização* dos postulados, a fim de fornecer resposta adequada à faceta moderna desta espécie de criminalidade[10]. Nesse cenário,

9. Sobre a questão de fundo, para maior aprofundamento, *vide* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 36-40. A seu turno, André Luís Callegari, em apresentação do livro *Responsabilidade Penal dos Profissionais Jurídicos*, criticamente observa que: "Em um Estado de Direito não se pode impor aos profissionais liberais deveres de fiscalização e garantia, pois isto compete ao Estado e seus servidores. A atuação livre destes profissionais é um marco da democracia garantido pela Constituição Federal. As hipóteses de incriminação devem ficar restritas quando o profissional se afasta do marco do seu trabalho e torna-se avalista de operações ilícitas" (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 11).

10. "Não é possível discutir questões oriundas da lavagem de dinheiro sem antes contextualizar esse fenômeno como representante de uma criminalidade extremamente atual, concebido numa sociedade moderna. Faz-se necessário reconhecer que o Direito Penal clássico é insuficiente para tratar dessas questões da modernidade de forma eficaz. Essa insuficiência não é resultado de uma fragilidade ou abandono do Direito Penal, mas vem de uma inadequação, de uma falta de propriedade específica. Isso não quer dizer que se deva renunciar ao Direito Penal, ao contrário, há um fortalecimento de seus princípios, que merecem uma leitura que os traga para o tempo atual. [...] É possível construir um caminho intermediário dentro do próprio Direito Penal, sem criação,

alinhado com o ideal de se transferir a gestão do risco da atividade[11], as principais normativas e ferramentas instituídas pelos Estados, amparadas por orientações e diretrizes oriundas de organizações como o GAFI, demonstram uma especial tendência na imposição de obrigações ao setor privado para regular e prevenir, em sua própria estrutura, o cometimento do delito em comento, inclusive antevendo o dever de informação para se eximir das responsabilidades penais, administrativas e cíveis decorrentes da prática do ilícito por terceiros[12].

Não se desconhece a existência e plena validade de inúmeras normas e atos instrutórios, no âmbito internacional[13], os quais sugerem e/ou impõem ao profissional liberal (inclusos os com atuação na área jurídica) o necessário cumprimento das regras relativas à prevenção do branqueamento de ativos em suas operações. Desde 2003, o GAFI aponta, entre as suas 49 recomendações, a

mas com adaptação. Para isso, será preciso soltar amarras conservadoras. Essa postura refuta e impede o desenvolvimento de um Direito Penal de exceção ou do inimigo, que em nome do coletivo pode sobrepujar o indivíduo, esquecendo que o coletivo não se constrói sem a unidade" (FILIPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro*: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 51).

11. Conforme preleciona Silva Sánchez: "La gestión técnica de riesgos por parte del Estado puede adoptar dos modalidades báiscas: la prevención técnica centralizada o la prevención técnica descentralizada. [...] En el segundo caso, en cambio, el Estado lo que hace es fijar el marco de la autorregulación que habrán de llevar a cabo los administrados" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *II Congreso sobre pevención y represipon del blanqueo de dinero*. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2011. p. 134-137).
12. Sobre tal, *vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. A prevenção da lavagem de dinheiro. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p.527-529.
13. Sobre a estruturação internacional e o grande número de regulamentações promulgadas para prevenir e reprimir as práticas de lavagem, grife-se as reflexões de De Carli: "A lavagem de dinheiro está sendo enfrentada através do que se denomina regime internacional [...] As razões pelas quais um regime emerge são várias e vão desde a proteção de interesses do Estado ou de outros membros poderosos da sociedade à intenção de deter suprimir e punir as atividades indesejadas, assim como a de prover a ordem, a segurança e a justiça de uma comunidade; e, até mesmo, trazer reforço e representação simbólica aos valores morais, às crenças e aos preconceitos daqueles que fazem as leis. O estímulo mais importante para a criação dos regimes de proibição internacionais é a inadequação de medidas unilaterais ou bilaterais dos Estados para fazer frente às atividades criminosas que transcendem fronteiras nacionais" (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012. p. 138-139).

aplicação das medidas de *due diligencie,* relacionadas à manutenção e fiscalização de registros de clientes das instituições financeiras, também aos advogados[14]. No âmbito da Comunidade Europeia[15], editou-se a Diretiva 2005/60/CE com o mesmo propósito – posteriormente substituída pela Diretiva 2015/849/CE[16], a

14. "12. The customer due diligence and record-keeping requirements set out in Recommendations 5, 6, and 8 to 11 apply to designated non-financial businesses and professions in the following situations: […] d) Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants when they prepare for or carry out transactions for their client concerning the following activities:" (Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202003.pdf]. Acesso em: 23.04.2019.)

15. Ivo Coca Vila realiza um breve resumo histórico (até a data de publicação de seu artigo) das diretivas editadas pela Comunidade Europeia no âmbito da prevenção e repressão da lavagem de ativos, a partir das diretrizes publicadas pelo GAFI: "Así, la Primera Directiva (91/308/CEE), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, "alistaba" a las entidades de crédito e instituciones financieras, obligándolas a colaborar activamente con las instituciones públicas encargadas primariamente de la represión del blanqueo. Con la Segunda Directiva (2001/97/CE), modificadora de la Primera, se da un paso más, obligando en virtud del art. 2bis a notarios y profesionales independientes del ámbito jurídico, auditores, contables externos y asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, casinos e intermediarios financieros a colaborar igualmente de forma activa con las instituciones públicas encargadas de la detección y represión del blanqueo. La Tercera Directiva (2005/60/CE), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo vino a consolidar el camino político-criminal establecido en el año 1991.2 En la actualidad, tanto el Consejo como el Parlamento están trabajando en la que será la Cuarta Directiva, en la que, en consonancia con las nuevas Recomendaciones publicadas en febrero de 2012 por el GAFI, se prevé, entre otros aspectos, ampliar el círculo de sujetos obligados -al incluir a los proveedores de servicios de juego de azar y a las personas que negocian con bienes de un valor superior a 7.500 -, así como reforzar los deberes de información sobre la titularidad real de activos, y las sanciones en caso de incumplimiento de los deberes de colaboración" (COCA VILA, Ivo. El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis?. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia. *InDret*, 4/2013. p. 3. Disponível em: [www.indret.com/pdf/1003.pdf]. Acesso em: 29.04.2019.

16. Conforme dispositivo da normativa: "Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão" (Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849]. Acesso em: 23.04.2019).

qual foi recentemente complementada pela Diretiva 2018/843/CE[17] para agregar pontos específicos sobre o financiamento do terrorismo, subsequente aos trágicos atentados ocorridos nos anos de 2016 e 2017. No Brasil, por sua vez, discute-se no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.841 – ainda pendente de julgamento – a constitucionalidade ou não dos artigos 10º e 11º da Lei 9.613/98 (alterados por ocasião da promulgação da Lei 12.683/12) para com os profissionais liberais[18].

No entanto, o obstáculo sempre levantado é de qual maneira o sigilo profissional recai nas situações limítrofes, ou em qual medida ele poderá – e se poderá – ser afastado, relativizado a fim de se invadir a privacidade elementar da relação cliente-advogado objetivando produzir provas para uma investigação ou processo criminal. Sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, o enfrentamento da problemática é assaz atual em um cenário de mudanças legislativas e de uma política criminal cada vez mais guiada pelo recrudescimento das normas penais, bem como o engrandecimento de ferramentas de investigação financeira aptas a obtenção de dados tradicionalmente protegidos por garantias até então inafastáveis – à exemplo da então inclusão do COAF na estrutura do Ministério da Justiça, posteriormente revista por Comissão do Congresso Nacional[19].

Logo, as páginas seguintes visam desenvolver, por primeiro, a natureza deontológica do sigilo profissional e qual a sua incidência e efeitos sobre a questão dos honorários profissionais. Em um segundo momento, volta-se a análise aos postulados da advocacia como uma atividade de risco, especialmente dentro do marco da teoria de imputação objetiva, e a gestão dos riscos decorrentes do exercício profissional, em especial no concernente a remuneração da profissão e a lavagem de dinheiro. Por fim, com tais premissas estabelecidas, parte-se para o aspecto prático da controvérsia, debatendo-se quais as possibilidades de quebra do sigilo profissional e o esquadrinhamento de algumas hipóteses-bases

17. Conforme dispositivo da normativa: "Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo" (Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843]. Acesso em: 23.04.2019).

18. Anote-se, por oportuno, os comentários tecidos no texto: ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, pp. 20-22.

19. *Vide*: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/09/comissao-do-congresso-aprova-transferir-coaf-para-o-ministerio-da-economia.ghtml]. Acesso em: 09.05.2019.

as quais poderão servir como um parâmetro interpretativo de incursão do advogado em atos de lavagem de dinheiro.

2. A regra deontológica do sigilo profissional do advogado, sua abrangência aos honorários profissionais e os questionamentos quanto ao seu caráter (quase) absoluto

Os registros históricos demonstram como a presença do advogado na defesa do acusado e no processo civilizatório nem sempre foi indispensável. Assim reportam Fulvio Gianaria e Alberto Mittone, quando do julgamento de Jesus Cristo pelo Sinédrio, ou na formação helenística da sociedade de Atenas[20]. O caminhar da sociedade, contudo, retratou a impossibilidade de se afastar esse papel das relações entre os cidadãos, o Estado e a ordem jurídica, pois é uma "[...] função que só surge quando o aparecimento de complexas dinâmicas sociais reclamou a sua necessidade"[21]. Dessarte, os autores citados concluem, seja quando existem "interesses conflituantes", seja quando "a convivência se realiza através da busca pragmática do equilíbrio entre várias pessoas", mostra-se necessária a intervenção do advogado, pois "se preocupa em forçar o ordenamento a respeitar as regras que ele próprio adoptou. Isto é, a não caçar no defeso"[22].

Os reflexos dessa edificação histórica e do consequentemente reconhecimento da importância do papel do advogado foram estampados nos mais diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. No Brasil, a advocacia foi alçada ao *status* constitucional em 1988, indicando-a como uma função essencial à Justiça. Conforme expõe o Ministro Gilmar Mendes:

> "O advogado é qualificado como 'indispensável à administração da justiça' e tem sua liberdade de ação assegurada pela inviolabilidade de seus atos, proclamada no art. 133 da CF. A norma, como observou o Ministro Celso de Mello [RHC 81.750, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10-8-2007], firma o princípio da essencialidade da advocacia e institui a garantia da inviolabilidade pessoal do advogado."[23]

20. GIANARIA, Fulvio; MITTONE, Alberto. *O advogado necessário*. Trad. Alberto Luís. Coimbra: Almedina. 2011. p. 20-24.
21. Ibidem, p. 25.
22. Ibidem, p. 28-30.
23. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1104.

A inviolabilidade referida diz respeito a diversos matizes do exercício profissional do causídico, perpassando pela imunidade de suas manifestações em juízo, a garantia de acesso à processos judiciais e administrativos, o estabelecimento de prerrogativas de atuação, a equiparação de tratamento com membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, além da estipulação de sigilo sobre diversos âmbitos da sua atuação, em especial a comunicação com seu cliente. Todas essas garantias vão de encontro para a efetivação do afirmado por Coelho Neto: "A manutenção do Estado Democrático de Direito necessita, insofismavelmente, da advocacia, sob pena de esvaziamento de seus valores morais e sociais"[24].

Entre os aspectos anteriormente citados, verte-se essencial interesse sobre a natureza e o tratamento dado ao sigilo profissional, inerente ao advogado e às relações profissionais mantidas por ele no exercício de seu ofício. Afinal, se não há plena possibilidade de o cliente confiar em seu defensor, por receio de este ser compelido a revelar aos órgãos de persecução os segredos confidenciados, como arguir a existência concreta da ampla defesa? Como garantir um livre exercício da profissão do advogado? Sem desconhecer do dever de lealdade prestado pelo causídico também às autoridades estatais[25], já que igualmente responsável pela administração da justiça na concreção do seu *múnus*, é impensado crer na existência lídima do ofício defensivo quando o seu próprio sigilo possa ser objeto de constantes incertezas.

Com tais breves considerações em perspectiva, registre-se a possibilidade de o sigilo decorrer tanto de um caráter contratual (teoria contratualista)[26], ou a

24. COELHO NETO, Celso Barros. A advocacia na Constituição da República. In: LAMACHIA, Claudio; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). *Constituição da República*: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2018. p. 117.

25. *Vide* as ilustres reflexões deduzidas pelos autores Fulvio Gianaria e Alberto Mittone ao discorrer sobre o dever de dupla lealdade inerente ao advogado, em especial a estrita observância de não fraudar o processo e como isso se relaciona com o sigilo que deve ser guardado, podendo ser resumido nesta pontual retórica: "E o que é que pode acontecer quando o advogado conhece a verdade que seu cliente esconde? É óbvio que não tem o dever de a revelar, mas deve abster-se de deduzir provas manipuladas que resultem em contraste com aquilo que ele conhece" (GIANARIA, Fulvio; MITTONE, Alberto. Op. cit., p. 61-72).

26. Conforme assinala Rodrigo Mesquita: "Pela teoria contratualista, o dever de sigilo exsurge de um contrato, ainda que implícito, entre o advogado e o cliente. O contrato de 'confidencialidade' abrange, segundo essa doutrina, tudo aquilo que é confiado ao advogado, seja verbalmente, seja documentalmente, e mais tudo aquilo que venha a saber em virtude do exercício profissional" (MESQUITA, Octávio de Godoy Bueno Caldas. Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições. *Revista dos Tribunais*, v. 869, mar. 2008. p. 66-98).

partir de uma norma de ordem pública, como se vislumbra na legislação nacional[27]. Na cultura jurídica anglo-saxã, nomina-se de privilégio de comunicação entre cliente-advogado, compreendendo a possibilidade de o assistido divulgar, compartilhar com seu defensor informações confidenciais, as quais estarão protegidas por esta cláusula e não poderão ser reveladas de nenhuma forma pelo profissional jurídico[28]. Em países como Portugal, Espanha e Itália, a seu turno, a tutela decorre de normas constitucionais, além de legislações materiais e processuais, preponderantemente da seara penal[29]. No ordenamento pátrio, por sua

27. Sobre a opção acolhida pela normativa brasileira, em detrimento da teoria contratualista, observa Mesquita: "Tal teoria, como facilmente perceptível, não vingou em nosso ordenamento, pois, fosse um contrato, ainda que tácito, o cliente poderia exonerar o patrono de seu cumprimento, sem quaisquer outras conseqüências, ou, então, os direitos e deveres mútuos acabariam com a morte do confitente. Assim não o é. Não pode o cliente desobrigar seu patrono porque não detém tal direito: o dever de sigilo é imposto em favor da coletividade" (Ibidem, p. 66-98).

28. "Privilege, n. 1 in general, a special right or exemption that the law allows to a person or class of persons, or to people under certain circumstances, for reasons of public policy. Some privileges cannot be taken away under any circumstances (absolute privilege); others may be relied upon only if certain conditions are met or may be defeated under certain circumstances (qualified privilege or conditional privilege). (…) 3. Also called testimonial privilege. An absolute or qualified right to withhold certain evidence in judicial proceedings. The public policy reason for such privileges is usually to protect confidential relationships. [...] a. attorney-client privilege, the privilege of a client to prevent disclosure of confidential communications to her lawyer" (CLAPP, James E. P*ocket legal dictionary.* 3. ed. Nova York: Random House Webster's. 2007. p. 206.). Vale notar que, em tais nações, prepondera o caráter contratual do privilégio, dentro da sistemática de *commow law*, causando singulares limitações nesse direito: "The privilege shields communications between client and his attorney from discovery, providing an enviroment within which a client can discuss candidly his legal problems. [...] Nevertheless, the privilege itslef does not hide facts from a court; it only protects disclosure communications between an attorney and a client" (VAN DEUSEN, Mark C. The attorney-client privilege for in-house counsel when negotiating contracts: a response to Georgia-Pacific Corp. v. GAF Roofing Manufacturing Corp. *William & Mary Law Review*, v. 39, Issue 4, 1998. p. 1397-1439. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/73967240.pdf]. Acesso em: 28.04.2019).

29. Para maior aprofundamento sobre o tratamento legal em tais países europeus, *vide* DE SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 73, jul.-ago. 2008. p. 107-155. Sobre as tensões entre o dever de sigilo e as normativas de lavagem de capitais nas mesmas nações, *vide* ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV

vez, é tido como garantia decorrente não somente da regulamentação voltada à classe profissional, mas igualmente expressa no texto constitucional, nos incisos XIII e XIV do artigo 5º, bem como no regramento processual e deontológico. Não possui, portanto, apenas *status* de interesse privado, mas verdadeira garantia de um Estado Democrático de Direito atento à ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Vale dizer, a condição de sigilo não diz respeito tão somente às informações repassadas pelo cliente, abarcando também às comunicações mantidas pelo ou com o advogado, aos arquivos e espaços físicos do escritório de advocacia e *aos próprios honorários pagos à título de remuneração dos serviços contratados*. Deve o advogado sopesar que o sigilo profissional está acima dos interesses particulares, imprescindível à liberdade de consciência e ao direito de defesa e de relevante benefício à sociedade ou ao interesse público. Esse princípio é essencial, colocado, portanto, acima do confidente e do advogado.

Nessa linha de raciocínio, Paulo Lôbo pontua a identidade de etiologia entre o direito ao sigilo e o sigilo profissional. Ressalta, no entanto, a singularidade das configurações deste último, porquanto "um dever que se impõe ao advogado, para justamente assegurar-se a plenitude da defesa do direito do cidadão"[30]. Trata-se de instituto de natureza de ordem pública, múnus público "[...] estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre advogado e cliente"[31]. Não por outro motivo o

> "Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes, e a fortiori a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados."[32]

Editora, 2016. p. 119-198. Não se olvide, conduto, no âmbito da Comunidade Europeia, a existência de precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgado *Ibrahim and othres v. The United Kingdom*, excepcionando a confidencialidade profissional e a necessidade do acompanhamento de advogado no interrogatório de suspeitos/acusados de delitos de terrorismo.

30. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64-65.

31. Ibidem, p. 64. A respeito, igualmente grife-se: "O sigilo profissional é coberto por normas de ordem pública, em virtude de um interesse superior que extrapola a relação advogado-cliente. Ele é uma moeda que, de um lado, reveste o caráter de dever e, de outro, o de direito" (MESQUITA, Octávio de Godoy Bueno Caldas. Op. cit., p. 66-98).

32. LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 65.

Ainda, pelo menos na perspectiva brasileira, a prevalência do sigilo abrange o assessoramento contencioso e consultivo prestado pelo profissional da advocacia[33], não sofrendo limitações sequer nessa segunda esfera, diversamente do constatado na Espanha[34]. Naquela nação, conforme adverte Sánchez Stewart, o arrolamento do advogado como sujeito igualmente obrigado a comunicar atividades suspeitas a fim de atender os comandos de prevenção de branqueamento detalha uma característica importante para aferir a existência ou não desta obrigação, qual seja, a efetiva intervenção ativa do profissional nas operações financeiras declinadas pela regulamentação legal – nas palavras de citado autor:

> "Y es que para encontrarse en la situación prevista por la ley es preciso tener una actuación directa o al menos de participación en el asesoramiento, gestión

33. Importante frisar a correção em não se distinguir a incidência do sigilo quanto ao aspecto da assessoria prestada, se em feito contencioso ou assessoria consultiva, mas sim diante da direção dada pelo advogado no seu exercício técnico (enquanto não figurar efetivamente como partícipe ou coautor de conduta delitiva). Sobre tal, são as observações de Cervini e Adriasola, partindo da legislação uruguaia, sobre a concepção ampla do sigilo: "Nesse marco, é claro que o dever de sigilo do advogado alcança por igual tanto a atividade judicial como a extrajudicial. [...] Essas regras devem ser aplicadas tanto no patrocínio em juízo como no assessoramento ou conselho corporativo e, mesmo assim, o isco de submissão do cliente a um processo não deve ser restrito ao risco do processo penal, nem sequer ao risco de exposição a processo civil, senão que deve compreender, também, o risco de que o cliente seja submetido a processos administrativos e tributários" (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. Op. cit., p. 182-183). Sobre a realidade nacional, anotam Badaró e Bottini: "Em outras palavras, o advogado togado não está obrigado a comunicar atos suspeitos de lavagem de dinheiro. E não poderia ser diferente. A representação de alguém em litígio é a concretização do direito de defesa, e só pode ser praticada se presente a mais absoluta confiança e transparência na relação entre advogado e cliente. [...] Outra é a situação da consultoria jurídica sem vinculação direta com processo específico ou futuro [...] Porém, a nosso ver, tal distinção não tem repercussão na perspectiva da legislação nacional. Em outras palavras, o tratamento da advocacia deve ser o mesmo deferido àquela ligada a uma contenda judicial ou extrajudicial" (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 186-188).

34. Conforme denota o autor espanhol Sánchez-Stewart: "Pero hay que reconocer que, mientras en la vertiente de la defensa, el secreto es esencial, ya que sin respetarlo no hay defensa posible, en las demás vertientes de la actividad profesional, el secreto es dispensable y la ley puede limitarlo" (SÁNCHEZ-STEWART, Nielson. Op. cit., 2014. p. 63).

> o funcionamiento de la actividad. Es necesario transformarse en alguna medida en actor, en gestor. La obligación de guardar secreto no desaparece sin más."[35]

A relevância da guarda do sigilo igualmente se demonstra não apenas pelas disposições constitucionais e legais onde prevista, mas também a partir dos comandos normativos os quais impõem severas penalidades pela sua violação, denotando a faceta de interesse público na defesa de tal instituto. Sendo diretriz ética aposta nas regulamentações profissionais do advogado – assim previsto no Capítulo III do Código de Ética e Disciplina da OAB – alcança tudo aquilo que for relacionado à profissão. O desrespeito a tal mandamento, por sua vez, enseja tanto infração ética (art. 34 da L. 8.906/94), podendo, inclusive, incorrer – em situações mais extremadas – em tipificação criminal de violação de segredo profissional (art. 154, CP). Nesse ponto, Alberto Toron observa que a disposição do Código Penal em criminalizar a violação do sigilo, quando aplicada ao caso dos advogados, revela proteção essencial ao cliente e, em maior amplitude, ao devido processo legal, pois"[...] a eficácia de sua defesa na demanda civil ou na ação penal restaria comprometida se dados fossem revelados ao público ou, pior ainda, à parte contrária".[36]

Todas essas singularidades convergem para uma conclusão bastante evidente: o sigilo representa – para além dos crimes a ele vinculados como elemento normativo e sanções éticas por sua inobservância – verdadeiro marco de controle de aceitação e apreciação de prova[37], sobremodo na seara criminal. Não é por demais rememorar a própria garantia constitucional – contida no artigo 5º, inciso

35. SÁNCHEZ-STEWART, Nielson. Op. cit., 2014. p. 61-66. Anote-se, por pertinente, a crítica esposada por Cervini e Adriasola sobre os posicionamentos concebidos pela doutrina espanhola a respeito da restrição do sigilo em pontuais aspectos da atuação do advogado: "A posição descrita abarcaria, exclusivamente, o denominado 'advogado togado', mas não o business lawyer, conselheiro legal ou advogado dos negócios. Nesse sentido, postulamos que ambos têm um idêntico sigilo profissional na medida em que setes últimos atuem dentro do marco lícito da profissão tal conforme caracterizado e analisado nos capítulos precedentes" (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. Op. cit., p. 180-181).
36. TORON, Alberto Zacharias. O sigilo profissional do advogado e a proteção à cidadania. *Revista dos Tribunais,* v. 937, nov. 2013. p. 221-232.
37. Nas palavras de De Souza: "Especificamente no que interessa para o presente estudo, no âmbito processual penal o sigilo profissional tem nítida natureza de regra de admissibilidade da prova, regra de proibição de prova, regra de exclusão ou, tal como se menciona nos sistemas de direito costumeiro, exclusionary rule" (DE SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Op. cit., p. 107-155).

LVI – de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos[38], inclusas aquelas lesivas de alguma forma ao sigilo, seja ele fiscal, bancário, de telecomunicação, seja do exercício profissional. Para a advocacia, concretiza-se em verdadeira barreira impeditiva de investigações arbitrárias, sejam para obter – por meios transversos – indícios e elementos probantes contra seus clientes, seja, inclusive, derrogar, contra o próprio profissional, prerrogativas legalmente instituídas[39]. Nesse ponto, o interesse perfilhado na temática delimitada neste estudo imbrica sobre a correta extensão do sigilo também aos honorários ganhos pelo profissional como contraprestação de seus serviços, sejam eles de caráter consultivo, sejam eles de natureza contenciosa.

Todavia, persiste no imaginário social e nos meios de comunicação um questionamento pontual sobre a remuneração dos advogados, notadamente os atuantes na esfera penal: como o serviço pode ser pago se possivelmente as verbas possuem origem espúrias? Não são desconhecidas – seja no campo político, seja até mesmo na doutrina[40] – propostas preliminares e debates os quais colocam em xeque o recebimento de honorários na advocacia criminal quando o profissional não atestar a licitude dos numerários que o remuneram. Na Alemanha, por exemplo, já foram ajuizadas ações criminais a fim de imputar responsabilidade à advogados pelo recebimento de honorários supostamente maculados, comportamento este subsumido tipicamente, em tese, ao delito de lavagem de capitais (pela formatação legislativa germânica), em especial atenção ao conhecimento prévio tido pelos profissionais da origem ilícita dos somatórios entregues à título de provento[41].

38. Como bem define Lopes Jr.: "Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 394).

39. Nas palavras de Toron: "No que concerne ao respeito do sigilo profissional do advogado, é evidente que o Estado não pode quebrá-lo para maior eficácia dos esforços repressivos" (TORON, Alberto Zacharias. Op. cit., p. 221-232).

40. À exemplo, sem prejuízo de outras produções científicas que tratem sobre o assunto, *vide* COCA VILA, Ivo. Op. cit., p. 3; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. La árdua labor del Abogado: dificultades con las que se encuentra la Abogacía española en el cumprimiento de la legislación antiblanqueo. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *IV Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 15-44; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. Abogados y blanqueo de capitales. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2011. p. 11-30; ESTELLITA, Heloísa. Op. cit., p. 11-42.

41. *Vide* BERRUEZO, Rafael. ¿El cobro de honorários por parte del abogado defensor puede constituir blanqueo de dinero? In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez

Voltando-se à realidade legislativa pátria, há mais de 15 anos projetos relacionados à honorários são objeto constante de discussão no Congresso Nacional, à exemplo dos PL 577/2003, PL 712/2003, 6413/2005 e PL 5562/2005, todos barrados por unanimidade, em 2007, na Comissão de Constituição e Justiça, diante da flagrante inconstitucionalidade material das propostas apresentadas pelos parlamentares. Ainda assim, novos projetos continuam sendo formulados – como os PL 4341/2012 e PL 5668/2016[42] – objetivando ulteriormente a criminalização da advocacia, mesmo diante de recorrentes críticas e de seguidas rejeições.

A constante perceptível é que a criminalidade organizada e figuras modernas de delinquência sempre foram um fator propulsor de política criminal e de pauta legislativa para recorrentemente trazer à tona tais propostas extremas, principalmente nos momentos reveladores de grandes esquemas criminosos (como PCC, Comando Vermelho, organizações transnacionais de tráfico de drogas e, mais recentemente, redes estruturadas de criminalidade empresarial, como as reveladas pela Operação Lava Jato). Entretanto, não serão motivos legítimos para justificar o recrudescimento desproporcional e desarrazoado da resposta penal ou, ainda mais crítico, na atividade da advocacia, como subterfúgio de violação do sigilo profissional e do próprio princípio econômico da atividade jurídica.

As barreiras levantadas lá atrás nas proposições legislativas debatidas pelo Congresso continuam hígidas, não tendo surgido qualquer razão apta a infirmar a inconstitucionalidade declarada de projetos de lei com tal conteúdo. Em verdade, a mera concepção de pautas as quais vislumbrem formas de transgredir valores básicos como a livre escolha do seu defensor e a plena possibilidade de consultá-lo sem amarras ou restrições, ou então formas de asfixiar o livre exercício da profissão e sua devida remuneração, demonstram uma verdadeira falência e descrença no Poder Público e no sistema judicial. Não se pode descuidar que as escolhas de tutela de determinado bem jurídico devem perpassar por razões de política-criminal racional e temperada[43], jamais devendo

(Coord.). *VI Congreso internacional sobre pevención y represipon del blanqueo de.* Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2019. p. 67-68.

42. Arquivados em 31 de janeiro de 2019, em observância ao disposto no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, conforme informação disponível em [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553838] e [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089326]. Acesso em: 01.05.2019.

43. "Assim, não é suficiente denominar bem jurídico valores que possuem conceitos de conteúdo vago e indeterminado. Nesse diapasão, deve-se analisar se determinado tipo

adentrar em opções inviabilizadoras do exercício do direito de defesa ou da liberdade de ofício profissional[44].

Nessas circunstâncias, sempre importante rememorar o risco inerente à profissão do defensor, o qual é sensivelmente majorado na seara penal. Logo, tal qual outras ocupações no ramo privado, o custo aferido pelo trabalho é resultado, entre outros critérios, da avaliação desse risco. Ora, na advocacia, a estipulação de preço correspondente ao seu serviço é consequência direta da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e, em especial, das diretrizes fixadas no artigo 36 do Código de Ética e Disciplina. A cobrança de honorários caracteriza justa remuneração, como qualquer outro profissional liberal o faria[45], sempre em integral observância aos preceitos legais e éticos respectivos.

Seguindo esse raciocínio, uma análise superficial apontaria erroneamente que possível solução para tal indagação perpassaria por conferir "transparência" aos honorários advocatícios percebidos. Em outras palavras, a população – tal qual ocorre com os servidores públicos – deveria ter acesso às informações dos contratos e somatórios ajustados entre os causídicos e seus clientes acusados em

penal possui realmente um bem jurídico vinculado ou se existe outro fundamento penal ou extrapenal (como no caso da busca pelo fundamento filosófico) a egitimá0lo ou a não legitimá-lo. [...] o bem jurídico-penal deve-se aproximar dos valores essenciais do indivíduo e da sua subsistência em sociedade. Assim, aquilo que contexto social, é tido como valioso e cujo comportamento lesivo teria aptidão de gerar uma inaceitável afetação. Trata-se do estabelecimento da função crítica do bem jurídico, não se limitando apenas a formação dos tipos penais" (ISHIDA, Válter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 56-58).

44. Nesse sentido, grife-se, por todos, as pontuais considerações aduzidas por ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. La teoria del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

45. Como bem observa Berruezo, ao discorrer sobre como o acréscimo de obrigações aos profissionais liberais e alcance ostensivo da imputação do delito de lavagem podem constituir verdadeira amarra aos ofícios econômicos dessa natureza: "Podría aplicarse un razonamiento similar para incriminar o abrir un proceso penal por lavado de activos a un médico cirujano plástico o estético, que recibe la visita de un 'jefe narco', y el pago de 50 mil dólares para embelecer a la novia joven del 'jefe narco'. Igual podría ocurrir con el profesional que crea compañías para venderlas constituídas, o del agente immobiliario que ofrece propriedades en venta, o del importador de vehículos que ofrece o que vende sus carros a capos del narcotráfico, de migrantes, de pornografia infantil, etc. Probablemente con tal razonamiento se paralizaría cualquier actividad profesional por el riesgo de una incriminación" (BERRUEZO, Rafael. Op. cit., p. 68).

processos criminais (não somente valores, mas, inclusive, as fontes pagadoras). Esse raciocínio, obviamente, não comportaria qualquer possibilidade de aceitação perante a clareza do ordenamento em conferir condição de princípio de ordem pública ao sigilo profissional, assim já pontuado.

Os honorários pagos aos advogados, repise-se, não se revestem de sigilo por uma questão de intimidade, mas sim por decorrência legal, diretamente ligada ao exercício da ampla defesa e do livre exercício profissional. Nessa linha, muito além de uma proteção ao aviltamento dos honorários e do mercado profissional, o seu sigilo é garantia ao acusado para poder se defender exclusivamente dos fatos imputados contra si, sendo a monta da remuneração irrelevante para tanto, não revestido de qualquer caráter de interesse público.

Essas discussões ganharam considerável relevo sob a ótica da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), principalmente com as alterações promovidas pela Lei 12.683/12 e a inserção dos profissionais liberais como obrigados aos deveres de *due dilligence* e comunicação prevista nos artigos 10º e 11º de referida regulamentação, persistindo até a presente data[46]. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quando instado a se manifestar sobre tais reflexos da novel legislação, consignou não estarem sujeitos os advogados e sociedades de advogados às obrigações referidas nos artigos 9º, 10º e 11º, em homenagem aos princípios constitucionais protetores do sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça[47].

---

46. Tal qual anotam Badaró e Bottini, destacando-se: "Polêmico porque uma interpretação ampla deste dispositivo permite sua incidência sobre atividades nas quais o dever de sigilo sobre as informações obtidas no exercício profissional é previsto e exigido por lei, como no caso da advocacia" (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 44-46).

47. Ementa 076/2012/OEP 49.0000.2012.006678-6 Consulta 49.0000.2012.006678-6/OEP. Assunto: Consulta. Lei 12683/2012. Lei de Lavagem de Dinheiro. Aplicabilidade ou não aos advogados e sociedades de advogados. Consulente: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relatora: Conselheira Federal Daniela Rodrigues Teixeira (DF). Ementa n. 076/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. *Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF, nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das Seccionais e Comissões de Prerrogativas Nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los*.

No processo penal, os deveres do defensor para com o Estado e seu cliente se confundem em um mesmo objetivo: assegurar e instrumentalizar o contraditório e a ampla defesa[48]. Essa é a função pública a ele atribuída constitucionalmente como atividade essencial à Justiça. Por isso, não há conflito entre a "perseguição da verdade" no processo e a garantia do sigilo profissional incidente tanto sobre as comunicações, quanto sobre os documentos entregues ao causídico para a instrução da defesa[49], consoante assegura a legislação de regência (*vide* artigos 35 a 38, do Código de Ética e Disciplina, e 7º, incisos II, XIX, da Lei 8.906/94). Na verdade, o próprio GAFI, em nota interpretativa à Recomendação de 23, se atenta à importância do sigilo profissional, consignando a ressalva de que:

> "1. Não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. 2. Cabe a cada país determinar as questões que se encaixariam em segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. Normalmente, estão incluídas as informações que advogados, tabeliães ou outras profissões jurídicas independentes e contadores recebam ou obtenham por meio de clientes: (a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou (b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação."[50]

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em conhecer e responder à consulta, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste. Brasília, 20 de agosto de 2012. Alberto de Paula Machado – Presidente. Daniela Rodrigues Teixeira – Relatora. (*DOU* 23.08.2012, S. 1, p. 71). Disponível em: [www.oab.org.br/jurisprudencia/pesquisaoep].

48. Não se pode ignorar, por consectário lógico, a íntima ligação entre tais garantias e a presunção de inocência, princípio de *status* constitucional o qual impõe verdadeiro dever de tratamento ao acusado, seu patrimônio e, por via de consequência, ao seu defensor e a remuneração pelo serviço profissional prestado. Para tanto – sobre as raízes históricas e jurídico-filosóficas da presunção de inocência e suas repercussões no processo penal – *vide* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 505-517; LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 94-97.
49. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. Op. cit., p. 74.
50. Disponível em: [www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi]. Acesso em: 29.04.2019.

Desse modo, não há como aceitar a ampliação de limites típicos do delito de branqueamento de direito com o propósito de albergar indiretamente os profissionais da advocacia ou os imbuir de obrigações atentatórias ao dever de sigilo imperativo sobre suas relações negociais e profissionais. Outrossim, nem mesmo prever, como ocorre na legislação espanhola[51], modalidade culposa dessa espécie de tipo de injusto, situação ainda mais representativa da gravidade de um Estado-policial que transfere todas as responsabilidades da gestão do risco para o profissional liberal e cria figuras antecipatórias da tutela penal, justamente por sua impossibilidade de executar satisfatoriamente políticas públicas e penais efetivas no combate de crimes complexos.

Isso não significa inexistir hipóteses em que o sigilo será afastado. Nesse prisma, o foco deverá recair no comportamento efetivo adotado pelo advogado, a fim de se determinar eventual incompatibilidade com os preceitos deontológicos e marcos legais para, a partir disso, avaliar a subsunção de suas ações à tipos penais e, especificamente no tocante a este artigo, se o recebimento de honorários profissionais poderia consistir efetivamente em prática de lavagem de capitais. Logo, para avançar em tais possibilidades, indispensável trilhar alguns breves aspectos dogmáticos sobre as formas de imputação de responsabilidade penal dentro do exercício da advocacia, singularmente a partir das bases estabelecidas pela teoria da imputação objetiva.

---

51. Assim previsto no artigo 301.3 do Código Penal: "Artículo 301.1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. [...] 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo" (Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444]. Acesso em: 01.05.2019). Para maior aprofundamento sobre esta figura típica, sob a perspectiva espanhola, *vide* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Justitia*, n. 8, 2010. p. 59-86. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978989.pdf]. Acesso em: 01.05.2019.

3. A advocacia criminal como atividade de risco e as condições limítrofes para imputação de responsabilidade penal sob o marco da lavagem de ativos no recebimento de honorários

Na experiência comparativa, a Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu, com disposições relativas ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, estabelece, no âmbito daquela comunidade de países, a confidencialidade das comunicações entre o suspeito ou acusado e o seu advogado como direito fundamental apto a garantir o efetivo exercício do direito da defesa, e com isso, assegurar o direito a um julgamento equitativo. Trata, outrossim, das hipóteses nas quais possa ser afastada apenas em caso de suspeita de participação em empreitadas delitivas[52].

Em determinadas situações, no entanto, justamente pelo fato de a conduta do advogado se incluir no âmbito de uma atividade de risco[53], os atos necessários à defesa e ao recebimento dos honorários podem se encontrar em uma área limítrofe entre o permitido e o proibido, com maior ênfase quando se trata da proteção de interesses supraindividuais relacionados à administração pública, à administração da justiça e à ordem econômica. É de se ressaltar, quando a atividade do advogado adentrar os limites do fato punível, ela não poderá ser considerada como assistência jurídica legítima. O dever do Estado de respeitar a confidencialidade implica a abstenção da interferência de comunicações entre o

52. *Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0048&from=em]. Acesso em: 07.05.2019. Conforme nota 29 *supra*, ressalte-se em especial os itens 31, 32 e 33 da Diretiva 2013/48/UE, em que restam aduzidas justamente possibilidades de derrogação do sigilo profissional e do acesso do investigado a um advogado, quando implicado em suspeita de prática de terrorismo.

53. Sempre importante asseverar, sob um viés crítico, os receios oriundos da aplicação do Direito Penal não apenas para fatos já concretizados, mas igualmente na antecipação de sua tutela para as condutas de perigo (risco), ora sintetizadas nas observações de Hans Lilies: "En cualquier caso, el Derecho Penal puede servir sólo muy limitadamente a ello, a hacer frente en el futuro a los temores surgidos de la sociedad del riesgo. Aquí debe verse que el Derecho Penal con sus posibilidades es tremendamente sobreestimado precisamente en tales periodos de crisis. Es tarea de la ciência advertir a la sociedad del riesgo recordando los peligros que amenazan a través de la anticipación de la incriminación, de la legislación simbólica y de la acentuación de las posibilidades de intervención estatal" (LILIE, Hans. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARMAZA, Emilio José Armaza (Coord.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010. p. 51).

cliente e o defensor sempre quando não haja fundadas suspeitas sobre a participação desse em prática delituosa atribuída a seu assistido. Essa hipótese torna-se apta a ultrapassar, em todo caso, os limites da dúvida razoável em relação a uma conduta que supere o risco permitido próprio da atividade.

Pense-se, por exemplo, *in casu* do advogado usar de sua posição para encaminhar encomendas ilícitas aos presos, ou de ser orientado para enviar ordens específicas de dentro das instituições penitenciárias à membros de organizações criminosas. Isso de forma oral, por meio dos parlatórios, ou por correspondências. Todavia, o levantamento da confidencialidade não pode se dar ao acaso, e como se trata de violação de garantia e direito fundamental indispensável ao acesso e à realização da justiça deve, em qualquer circunstância, ser precedida de ordem judicial específica e nunca decorrer de escuta ambiental aleatória ou de uso de informação encontrada de forma fortuita.[54]

O tratamento dogmático da intervenção do advogado em fenômenos delitivos alheios deve ser verificado à luz da evolução da teoria do delito e as formas pelas quais tanto doutrina quanto jurisprudência suscitaram a temática. O legislador brasileiro de 1984, por exemplo, encontrou no finalismo a solução mais satisfatória para os problemas de seu tempo – veja-se assim a regra aposta pelo Código Penal em seu artigo 20.[55] Entretanto, a limitação trazida à atribuição de um resultado típico pela substancial importância dada ao tipo subjetivo ainda implica em problemas no seu aspecto objetivo, conforme advertido por Roxin: a insuficiência da mera realização de causalidade, como critério extranormativo, é demonstrada, por si só, pelos problemas decorrentes do regresso ao infinito, das concausas e dos cursos causais irregulares.[56] Perante tais obstáculos, sem

54. *Vide*, na doutrina brasileira, BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

55. A profundidade e amplitude do tema, obviamente, não podem ser objeto de maior detalhamento neste estudo, inclusive para não haver fuga temática ao objeto proposto. Sem embargo, a título exemplificativo, sugerem-se pontualmente algumas obras – sem desconhecer tantas outras de igual qualidade – as quais trabalham com muita propriedade o assunto, como ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas Ediciones. 2008. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al.); DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime; GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal: parte *general*. 2. ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2012; BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015; TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

56. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 101-102.

dúvida a ciência jurídico-penal buscou (e permanece buscando) apresentar soluções variadas, sendo que, nas palavras de Figueiredo Dias, o tema "[...] continua a constituir hoje uma das mais duvidosas e discutidas questões de toda a dogmática penal"[57].

Sob essa linha de raciocínio, a *teoria da imputação objetiva* (não olvidando de outras contribuições dadas por linhas teóricas diversas) propõe valoroso contributo ao estudo de ações efetivadas no mundo dos fatos as quais, devido às circunstâncias em que praticadas, podem elencar difíceis indagações sobre a existência ou não de uma conduta ser típica e imputável a um sujeito. Em outras palavras, a proposição científica da imputação objetiva pode auxiliar sobremaneira a determinação de comportamentos, se encetados sob o manto da profissão, ensejam ou não alguma forma de resposta penal, já que apenas a análise da causalidade e/ou do dolo consubstanciado na ação pode ser marco insuficiente e frágil para a aferição de responsabilidade criminal. Assim preleciona Roxin ao sintetizar o objetivo da teoria da imputação objetiva:

> "Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)."[58]

Muito embora a advocacia seja uma atividade socioeconômica amplamente aceita e correspondentemente regulada – o que por si já seria uma barreira bastante consistente, sob a premissa de *adequação social*, para refutar com consistência a maioria das possibilidades de imputação criminal pelo mero exercício da função profissional e sua consequente justa remuneração[59] – é palpável

57. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 323.

58. ROXIN, Claus. Op. cit., 2012, p. 104. Na mesma linha: "O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetiva típica. Esse algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado" (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p 25-26).

59. Nesse sentido, os apontamentos de Da Costa: "Essa concepção pode ser utilizada para resolver problemas envolvendo a advocacia, já que se trata de profissão amplamente regulamentada – não apenas por lei, mas também por uma série de outras normas

vislumbrar situações não tão infrequentes, insertas no espectro de atividade de risco, em que possam se valer deste *múnus* (o cliente e/ou o próprio profissional) para praticar delitos variados, dentre eles a lavagem de ativos. Em termos bastante objetivos, a indagação apresentada é se há possibilidade de se equacionar, dentro de um regime de um Estado Democrático de Direito, atento aos fundamentos e garantias individuais alastrados por todo o ordenamento jurídico e, em especial, sobre o direito material e processual criminal, o sigilo profissional da advocacia com as práticas financeiras e recebimento de honorários nas esferas de consultoria e atuação contenciosa que constituam objeto de suspeita de branqueamento de capitais. Nas palavras de Martínez Jímenez:

> "Muchos son los interrogantes que se pueden suscitar, para los abogados, en relación con el blanqueo de capitales, y ello no solo em=n lo que se refiere a la problemática que pudiera afectar a sus clientes sino, también y de modo muy especial, en cuestiones que afectan a la abogacía como actividad profesional."[60]

Acolhendo essa premissa, as categorias de *criação (ou aumento) de um risco*[61] e a *desaprovação deste risco criado*[62] mostram-se como pontos de partida importantes

profissionais que cunham o trabalho do advogado, delimitando-o e direcionando-o. [...] Não há que se falar em adequação profissional, pois, quando se estiver diante da conduta de advogado que age em coautoria ou que participa de prática de lavagem conjuntamente com seu cliente. D'outro lado, o advogado que atua em conformidade com a lei – mesmo que representando pessoa que tenha cometido crime abjeto e altamente reprovável – não pode, obviamente, ter sua atuação profissional criminalizada" (DA COSTA, Helena Regina Lobo. Honorário advocatícios e lavagem de dinheiro. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal*: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 163-164). Na mesma linha, o argumentado por CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. Op. cit., p. 105-109.

60. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José Ramón. Abogacía y blanqueo de dinero: conclusiones. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 357.

61. Valendo-se das lições de Greco, com especial destaque para: "Em síntese: será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico." (GRECO, Luís. Op. cit., 2014. p. 35-43.)

62. Do mesmo autor da nota anterior: "Apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito. Só quando ultrapassada esta etapa, o desvalor objetivo da ação típica estará completo" (Ibidem, p. 50).

para análise, especialmente sob a vertente das *condutas socialmente neutras* como parâmetro normativo[63]. Segundo Greco, ao discorrer sobre as *ações neutras*, a desaprovação do risco somente ocorrerá nestas situações quando a prática destes atos ou sua recusa impuserem dificuldades ao cometimento do fato principal pretendido pelo autor. De modo contrário, caso igual contribuição pudesse ser obtida de terceiro, sem a necessidade de uma adesão subjetiva da conduta por este ou o incremento de impeditivos à lesão do bem jurídico, não tem como se reputar desaprovado o risco, pois a ação *per si* é neutra quanto ao interesse jurídico protegido pela norma e sua potencial lesividade[64].

Concentrando-se no tipo de injusto do branqueamento de capitais (previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98, com posterior alterações e adições editadas pela Lei 12.683/12), fato é que o advogado poderá criar ou incrementar um risco originado por seu cliente a partir dos atos desenvolvidos por ele[65], especialmente quando do recebimento de honorários como contraprestação aos seus serviços. De partida, contudo, há uma premissa muito clara a ser considerada ao longo de toda a reflexão, valendo-se para tanto da contundente afirmação feita por Sánchez Stewart: "Independientemente de las obrigaciones que le vienen impuestas, el Abogado que colabora a blanquear pasa a ser un delincuente"[66]. Não há dúvida – seja sob o olhar de teoria finalista, seja se valendo dos fundamentos da teoria da imputação objetiva, quando da superação do risco permitido – que a colaboração dada pelo advogado com a finalidade declarada de dissimular ou ocultar a origem de patrimônio sob o pretexto de auferir honorários o colocará indubitavelmente na condição de partícipe ou coautor do crime.

Veja-se o caso de o profissional propor a seu constituinte, mediante confecção de contrato e emissão de nota fiscal ideologicamente falsos, a possibilidade de restituir parte dos honorários como forma de "legitimar" o produto ou proveito do crime empenhado. Fatalmente o causídico incidirá na conduta prevista

63. *Vide*, sobretudo GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 107 e ss.

64. GRECO, Luís. Op. cit., 2014. p. 84-88.

65. "Se sabe que ciertas profesiones y algunas labores desempeñadas en ellas, contribuyen a que terceros puedan realizar actividad de blanqueo de dinero, y esto, puede suceder, aunque se mantengan todas las condiciones dentro del riesgo permitido, se respeten todos los parámetros de la legislación sobre blanqueo, no obstante, lo mismo, son aprovechadas con tales finalidades delictivas. Por eso se habla 'riesgo', y por eso no siempre se deriva responsabilidad penal para el abogado a pesar de haber intervenido en la cadena causal" (BERRUEZO, Rafael. Op. cit., p. 73-74).

66. SÁNCHEZ STEWART, Nielson. Op. cit., 2011. p. 13.

no art. 1º, § 1º, da Lei 9.613/98[67]. É possível concluir tanto pelo incremento do risco da atividade anterior – ao causar efetiva lesão ao bem jurídico por dar guarida à patrimônio ilícito e reintroduzi-lo na economia com aparência de licitude – como pela desaprovação da conduta, uma vez restarem inobservadas as normas técnicas e de segurança – regulamentação fiscal e normas deontológicas – além de extrapolar a neutralidade esperada do ofício.

Em síntese, o critério das ações neutras parece o mais adequado para delimitar o alcance das atividades realizadas em prol dos objetivos defensivos, cuja resposta não seja satisfeita a partir da análise da ação, do resultado e do nexo de causalidade. Isto é, a solução ao problema passa a ser uma questão relativa ao tipo objetivo, sempre e quando verificados, além de seus elementos tradicionais, a criação de um risco juridicamente desaprovado e sua realização no resultado. Por ação arriscada deve-se entender aquela submetida ao juízo de um homem prudente, com conhecimentos especiais, situado no momento da prática da ação (*ex ante*), como propensa a provocar um dano (prognose póstuma objetiva).[68] Por

67. DA COSTA, Helena Regina Lobo. Op. cit., p. 167.

68. GRECO, Luís. Op. cit., 2004, p. 118. Em sentido crítico, oportuno destacar as valoras considerações realizadas por Fernando Miró Llinares a partir das bases trazidas pelo julgamento de um caso do Tribunal Supremo espanhol em 21 de fevereiro de 2005: "La misma es que un método, como el de la teoría de la imputación objetiva en su Concepción más pura, que valore el hecho desde la perspectiva de un estândar, sin atender a los conocimientos del sujeto cuando de un punto es el único posible ni el mejor para defender la adopción de un punto de vista social normativo en la valoración del hecho en comparación con la norma. Por el contrario, es perfectamente posible y analíticamente más preciso y clarificador afirmar que para valor un hecho como conforme o disconforme con la descripción normativade um mandato, no es necesario conocer ni las apreciaciones subjetivas de esa persona sobre el significado de su comportamento, ni su relación emocional con sus proprios actos y con las consecuencias de los mismos, pero sí que el sujeto tenía control sobre lo que estaba haciendo y conocía lo que hacía, pues sólo lo que le es proprio, se le podrá imputar al sujeto ordinariamente, y sólo lo que no conocía pero le incumbía, se le podrá imputar de forma extraordinaria. Esto no significa que sea una perspectiva subjetiva o individual la que se esté adoptando: sigue siendo el de tipicidad, un juicio objetivo en el sentido de ser una valoración desde el sentido social, pero al partir de 'lo hecho' (o imputado) por el proprio sujeto se define o constituye el objeto de la valoración normativa: sabendo lo que esta persona debía saber, la exigência social para el caso concreto, conforme a la experiencia general y a la valoración normativa concreta, es la siguiente, y frente a ella la persona hizo esto, por lo que se puede decir que ha infringido (o no) la norma. Tampoco estoy afirmando que el dolo se debe valorar antes que la propia peligrosidad del comportamiento. Más bien se deve decir que en el delito dolos, la decisión de llevar a cabo un hecho, que es lo que

esse critério, e pela atividade do advogado envolver situações-limite, difícil seria não considerá-la como criadora de um risco. Porém, a solução se encontra no caráter adjetivo atribuído a esse risco. Em situações nas quais respeite as normas técnicas, legais e administrativas de seu mister, parece claro não poder ser o risco por ele criado considerado como juridicamente desaprovado. Mesmo ponderando a ação do defensor como possivelmente perigosa para a prática de uma infração, deve ser aceita como permitida "*em nome do interesse geral de liberdade*"[69], excluindo-se, como diretriz de político-criminal, a proibição de certos fatos. Se, por outro lado, o direito considera esse risco como desaprovado, deve-se continuar no caminho da responsabilização, em nome da proteção de bens jurídicos.[70]

4. A possibilidade de quebra do sigilo profissional defronte a prática de lavagem: hipóteses-base para uma melhor compreensão da temática e o estabelecimento de parâmetros interpretativos iniciais

Embora o sigilo seja regra no sistema jurídico[71], em caráter quase absoluto, não se desconhecem pontuais exceções feitas a tal condição, permitindo medidas do seu afastamento ou quebra. Tais excepcionalidades são oriundas tanto de clausulas elencadas em seu código deontológico[72] quanto em razão de processos e investigações criminais, como ocorre nos casos de busca e apreensão em

después va a ser valorado, debe imputarse previamente al sujeto, y debe definirse lo que se sabía concretamente para, a partir de ahí, realizar la valoración de peligrosidad mediante se diría que debió hacer-se o no" (MIRÓ LLINARES, Fernando. Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales?. In: LLINARES, Fernando Miró (Dir.); FERRÁNDEZ, Samuel Rodríguez (Coord.). *¿Casos difíciles o irresolubles?* Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales. Madrid: Dykinson S.L., 2010. p. 305-320).

69. GRECO, Luís. Op. cit., 2004, p. 120.

70. GRECO, Luís. Op. cit., 2004, p. 122.

71. Nas palavras de Miguel Abel Souto, no mesmo prólogo referido anteriormente: "Por supuesto que el ejercicio de la abogacía no presenta problemas cuando se respeta el código deontológico" (SÁNCHEZ-STEWART, Nielson. Op. cit., 2014. p. 5).

72. Em tais circunstâncias, o afastamento do sigilo deverá ser precedido de justa causa, sendo esta entendida como o "[...] dever legal, exercício de direito ou necessidade, advinda da imperatividade do exercício da autodefesa ou de direitos similares, caso a revelação do segredo seja imprescindível para proteger o advogado ou terceiros de acusações infundadas, por exemplo" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ESTELLITA, Heloísa. A confiança, o sigilo e a inviolabilidade. *Revista dos Tribunais*, v. 970, ago. 2016. p. 19-33).

escritórios, monitoração nas comunicações telemáticas ou até mesmo no levantamento do sigilo fiscal e bancário.

Sob a perspectiva de o próprio advogado debelar seu segredo, veja-se a permissão dada pela lei – como condição geral (art. 37 do Código de Ética e Disciplina OAB) – o levantamento do sigilo nos cenários onde haja "grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo"[73], sempre limitado ao interesse exclusivo da causa onde a quebra do segredo for exigida. Logo, as hipóteses preceituadas no dispositivo voltam-se majoritariamente ao resguardo da própria atividade profissional e de seu representante, quando esta for colocada de alguma forma em risco pela manutenção do sigilo, ou persistir ato atentatório contra a dignidade do próprio causídico.

Nos demais episódios, percebe-se um padrão muito claro para se admitir a flexibilização deste sigilo ou da inviolabilidade da profissão: aceita-se sua superação quando se constata, com indícios concretos, não mais ocupar o advogado a posição de defensor ou representante jurídico. Ao contrário, vale-se do ofício para aderir ilicitamente aos propósitos do seu cliente, visando burlar o controle judicial e ético[74].

É o que ocorre nas buscas e apreensões, quando autorizadas em endereços constantes de escritório de advocacia, onde os parâmetros legais são claros para violar o sigilo, assim disposto no artigo 7º, §§ 6º e 7º[75]. De igual modo, são os

73. Essas hipóteses revelam-se como justa causa para a quebra do sigilo, sem a qual fatalmente haverá infração ética e/ou criminal. Nas palavras de Mesquita: "O ordenamento autoriza a quebra com justa causa. [...] O causídico deve ser cuidadoso, pois a quebra sem justa causa configura, inclusive, além de infração disciplinar, crime punível com pena de detenção ou multa, conforme art. 154 do CP. [...] Desse modo, existem quatro hipóteses, a princípio, autorizadoras do levantamento do sigilo, quais sejam: i) grave ameaça ao direito à vida; ii) grave ameaça à honra; iii) quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa; e iv) estado de necessidade" (MESQUITA, Octávio de Godoy Bueno Caldas. Op. cit., p. 66-98).

74. Neste sentido: BERRUEZO, Rafael. Op. cit., p. 84-85 e 198-209.

75. "§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

referenciais jurisprudenciais dos tribunais superiores ao autorizarem a quebra do sigilo telemático onde figurem advogados, salientando ser permitido quando houver suspeitas concretas e motivadas da participação do profissional em atividades ilícitas e contrárias aos preceitos éticos incidentes sobre o ofício exercido. À exemplo, cita-se o decidido pelo Ministro Nefi Cordeiro no âmbito da *Operação Zelotes* (RHC 73.460/DF, j. 14.08.2018, *DJe* 23.08.2018)[76].

Não menos importante, e até mais determinante pela gravidade da medida, são as hipóteses onde, mesmo atuando como representante legítimo de uma pessoa física ou empresa, o advogado torna-se alvo de decreto preventivo. Exemplo não muito distante ocorreu na *Operação Integração*, em que restou determinada a prisão preventiva de um advogado corporativo supostamente por se valer – segundo informações sumárias da decisão judicial prolatada na fase ostensiva da investigação[77] – do seu ofício para editar atos jurídicos e realizar diligências a fim de omitir aludido esquema de recolhimento e pagamento de propinas entre empresas e agentes públicos. Consta do decreto prisional, visando fundamentar a superação da inviolabilidade profissional, ter atuado "[...] de forma consciente, na condição de advogado da [empresa], na elaboração de sofisticados atos jurídicos elaborados para tentar conferir aparência de legalidade aos atos ilícitos praticados pela associação/organização criminosa" e detinha "amplo conhecimento e

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade."

76. "Processual penal. Recurso em habeas corpus. Tráfico de influência, corrupção e lavagem de dinheiro. Operação zelotes. Quebra do sigilo telefônico. Investigação prévia. Existência. Autorização da medida e prorrogações. Decisões devidamente fundamentadas. Ausência de vício. Interceptação telefônica de advogado. Crimes em tese cometidos no exercício da advocacia. Possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas que não se refiram exclusivamente ao patrocínio de determinado cliente. Recurso improvido. [...] 3. A investigação de crimes que estariam sendo cometidos por profissional da advocacia permite que o sigilo de suas comunicações telefônicas seja afastado, atingindo conversas que não se refeririam exclusivamente ao patrocínio de determinado cliente (RHC 51.487/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, j. 23.06.2015, *DJe* 24.09.2015).4. Recurso em habeas corpus improvido." Decisão disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1738473&num_registro=201601901854&data=20180823&formato=PDF]. Acesso em: 08.05.2019.

77. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/decisao-23-vara-federal-curitiba-pedido.pdf]. Acesso em: 02.05.2019.

participação dos sofisticados atos jurídicos praticados nos últimos anos para encobrir as fraudes perpetradas na execução do contrato de concessão".

Nas situações anteriormente narradas (busca e apreensão, quebra de sigilo telemático e prisão preventiva) percebe-se uma certa homogeneidade e aceitação na realização de tais medidas ostensivas, sem configurar efetiva violação ao sigilo e ao exercício profissional, justamente pela clareza do fundamento aplicado, qual seja, estar o advogado supostamente se valendo da profissão para a eventual prática de delitos. O problema se agrava, todavia, quando transportado às indagações atinentes ao recebimento de honorários, notoriamente quando o interesse da investigação criminal se volta à descoberta da fonte pagadora do causídico ou da natureza dos numerários pagos.

A devassa da vida contábil de um escritório de advocacia, em princípio, mesmo por ordem judicial, representa grave afronta à inviolabilidade profissional. A movimentação financeira em nada diz respeito à terceiros quando o escritório e seus representantes não estiverem diretamente implicados em uma prática delitiva; pelo contrário, poderá ensejar a persecução de terceiros com a obtenção de prova por via perversa, sob a latente justificativa de "encontro fortuito de provas".

Tal situação já foi avalizada pelos tribunais superiores, quando a investigação pretendia a descoberta de valores ligados à clientes de um escritório, mesmo não sendo este último objeto da investigação promovida pela Procuradoria-Geral da República. Assim constou da decisão do Min. Teori Zavascki:

> "Esclareça-se, no ponto, que as medidas nunca tiveram como objetivo investigar as atividades do escritório de advocacia, mas, repita-se, somente identificar - presentes a plausibilidade e a verossimilhança dos demais elementos indiciários colhidos até então - os supostos pagamentos de despesas diversas em favor do ex-Deputado Federal João Pizzolatti Júnior, este, sim, investigado."[78]

Sem embargo, é impensável flexibilizar o sigilo sob a justificativa de um interesse público. Torna-se imprescindível delimitar as possibilidades de invasão em dados tão sensíveis, inclusive sob pena de inviabilizar a própria profissão na seara criminal. De partida, é possível afirmar que dois referenciais são muito claros para atestar a licitude do recebimento, sem exceder a neutralidade da conduta e sem convolar em prática ilícita, jamais justificando – portanto – qualquer espécie de quebra de sigilo fiscal e/ou bancário.

78. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/teori-nega-agravo-mantem-quebra-sigilo.pdf]. Acesso em: 08.05.2019.

O primeiro deles é a aderência do profissional às suas obrigações fiscais, prestando as devidas informações aos órgãos de controle conforme regras definidas pela regulamentação da área. Tal observância é um critério extraído da própria categoria da desaprovação jurídica de um risco criado ou incrementado, sob o viés da teoria da imputação objetiva, quando se mencionam a existência de normas de segurança e *standards* regulatórios de atividades geradoras de risco. Posto de outra forma, as normas tributárias possuem o propósito de aferir um padrão de comportamento a todos os contribuintes, não apenas para promover a arrecadação dos tributos, mas também estabelecer um controle fiscal sobre as atividades financeiras dos cidadãos a fim de evitar sonegações e, indiretamente, a prática de delitos.

Atenta-se ao fato de que – como profissional liberal ou através de pessoa jurídica – o advogado possui as mesmas obrigações com o fisco, devendo emitir Nota Fiscal, relatar seus recebimentos à Receita Federal, realizar o recolhimento previdenciário e tributário necessário, além de sofrer controle do próprio COAF através das transações bancárias realizadas. É demandado na gestão profissional, mesmo quando atuando dentro do campo das condutas neutras, a adoção das cautelas necessárias (no limite de suas obrigações legais) para afastar qualquer espécie de questionamento quanto ao recebimento dos somatórios a título de contraprestação. Todavia, adverte-se, com escólio nas observações de Greco, dentro da lógica ora desenvolvida, que nem sempre a inobservância da obrigação fiscal implicará na prática de delito, como também seu adimplemento poderá não ser escusa idônea para evitar uma responsabilização criminal: "Mas, tendo em vista que essas normas se referem a situações genéricas, da qual a realidade pode diferir consideravelmente, nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido".[79]

O segundo referencial é aquele encontrado nos parâmetros éticos estabelecidos pelo Código de Ética e pelo Estatuto da Classe, especialmente quando a remuneração for realizada por terceiros, a qual sempre deve ser anuída pelo constituinte (art. 34, incisos XVII, XVIII e XIX[80]). É pressuposto que a contrapresta-

79. GRECO, Luís. Op. cit., 2014. p. 59.

80. "XVII – prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

XVIII – solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta;

XIX – receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;"

ção seja realizada diretamente pelo constituinte ou, se adimplida por terceiro, se dê no campo de anuência de todas as partes envolvidas, com o propósito de desconstituir eventual infração ética e esvaziar qualquer alegação de premeditação ou ajuste indevido.

Por consequência, atendido tal padrão de atuação, entende-se jamais haver razão para dar transparência ao detalhamento da remuneração do advogado, independentemente de tratar-se de cliente e/ou fato subjugado ao escrutínio público e de forte repercussão social. Em nada interessa à sociedade o valor do pagamento, a forma como foi feito ou quem é a fonte pagadora, até porque tais informações obrigatoriamente serão prestadas aos órgãos fiscais, responsáveis por essa espécie de controle. Em sentido contrário, a situação novamente vai de encontro à ponderação anteriormente feita: o advogado, se não cumprir com suas obrigações fiscais, ou faltar com os deveres éticos, poderá incidir em alguma espécie delitiva, hábil a autorizar a quebra do sigilo. *Mutatis mutandis*, estarão justificadas violações ao sigilo justamente naquelas diretrizes já apontadas pela legislação e pela jurisprudência, quando o advogado passa a ser partícipe ou coautor de conduta criminosa[81].

As bases ora estabelecidas permitem a construção teórica de algumas hipóteses a fim de dar concretude ao exposto. Os exemplos alinhavados demonstram com maior precisão os limites tecidos para a atuação do profissional e destacam sobretudo como o recebimento de honorários só representará ato criminoso efetivamente quando da criação ou incremento do risco da atividade precedente ou por ação dolosa direta do causídico:

Exemplo 1: A comete um crime por motivação religiosa. Este não possui qualquer condição econômica para contratar um advogado. *B*, ciente destas circunstâncias e em plena concordância e aderência à motivação do crime perpetrado por *A* (posterior ao conhecimento do fato) resolve pagar os honorários do advogado. Essa situação é anuída por todos, incluindo aquele que será representado. Dessarte, não há de se falar nem em infração ética, muito menos em ato delitivo por qualquer das partes envolvidas, pois todas atuaram – conquanto o pagamento dos honorários – dentro dos marcos do risco permitido.

81. "Evidente que tal prerrogativa não subsiste quando o advogado concorre para o crime, como instigador, colaborador ou coautor. Nessas hipóteses, "presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade" (Lei 8.906/1994, art. 7º, § 6º). Mesmo aqui, será necessário (i) que o advogado seja investigado; e (ii) que o sigilo relativo a dados de outros clientes – que não aquele envolvido nos fatos – seja preservado" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ESTELLITA, Heloísa. Op. cit., p. 19-33).

Exemplo 2: A comete um crime por motivação política contra um candidato, durante o transcurso do período eleitoral. *B*, integrante de partido contrário à vítima, resolve pagar os honorários do advogado de *A*, por entender que o ato foi favorável ao seu pensamento político. O advogado concorda com o pagamento, sob a condição de não revelar a fonte pagadora, nem mesmo ao seu cliente, o qual jamais dá anuência com o pagamento realizado por terceiro. Todavia, cumpre com suas obrigações tributárias. O enfrentamento deste caso hipotético demonstra, a partir das normas deontológicas, uma infração ética por violação ao disposto no artigo 34, inciso XIX do CEOAB. Por outro prisma, não se vislumbra prática criminosa em nenhuma medida, pois o risco permanece inalterado, encontrando-se o advogado no espectro da neutralidade esperada na sua atuação, inclusive mediante o cumprimento das normas tributárias relativas ao seu pagamento.

Exemplo 3: A comete um crime por motivação racial. *B* já havia firmado compromisso prévio da quitação dos honorários advocatícios quando este fosse processado. Consumado o delito, o advogado é procurado por *B*, sendo informado que a contraprestação dos seus serviços será arcada exclusivamente por este, sem, contudo, evidenciar o porquê, mas com anuência do constituinte. Assim, embora *A* e *B* tenham agido em conluio, a conduta do profissional jurídico está isenta de qualquer reprovação disciplinar ou delitiva, por se encontrar estritamente dentro dos limites deontológicos e legais incidentes à hipótese.

Exemplo 4: A comete um crime por motivação discriminatória, sendo que *B* já havia lhe prometido pagar os honorários advocatícios quando este fosse processado, inclusive já tendo ajustado a situação com o advogado a ser constituído, o qual estava devidamente cientificado da prática delitiva planejada. Consumado o delito, dá-se a contratação e remuneração do causídico, adimplindo este com suas obrigações tributárias. Dos quatros cenários ilustrados, apenas o último resulta efetivamente em responsabilização criminal do advogado, pois este supera o parâmetro de neutralidade por suas ações, aderindo conscientemente aos propósitos de *A* e *B*, maculando outrossim os honorários percebidos, não servindo a declaração ao Fisco qualquer propósito de refutar ou diminuir o grau de reprovabilidade da conduta.

5. Conclusão

No concernente à matéria de honorários advocatícios e seu sigilo, não é por demais reprisar serem os advogados remunerados para realizar exclusivamente seu mister, conforme previsto em contrato celebrado entre as partes. Não possui qualquer obrigação em conhecer, ou sequer presumir, a origem do recurso por ele percebido. O profissional, como qualquer outro cidadão que desempenha

atividade econômica, tem sim a obrigação legal de cumprir com os regramentos fiscais no recebimento de tais numerários. O advogado criminalista, portanto, deve atuar dentro do espaço legalmente permitido para sua atividade, amoldando-se às denominadas condutas neutras, sem criar ou incrementar qualquer risco ou acobertar atividade criminosa de seu cliente. Até porque, se não o fizer, deixará de ter as prerrogativas de sua profissão e passará a ser partícipe das ações de quem o contrata, em nada tendo a ver com o sigilo de seus honorários ou com a função de advogado[82].

Impensável seria a exigência de exposição pública da remuneração de qualquer profissional liberal. Médicos ou dentistas não poderiam atender pacientes suspeitos de corrupção, e contadores assessorar acusados de estelionato, pois todos estariam usufruindo de dinheiro ilícito, devendo ser responsabilizados, inobstante não ter qualquer relação com o injusto penal praticado por seu cliente. Nesse ponto, é assertiva a reflexão de TOFIC:

> "Vai-se percebendo que há, no fundo, motivos velados para quererem proibir apenas os advogados de receberem, pelo serviço, o preço que consideram justo – e repita-se, no sistema capitalista onde vivemos, a justiça do preço obedece a uma única regra: a da livre concorrência. Leva quem presta o melhor serviço pelo melhor preço."[83]

Para tanto, o contributo dado dogmaticamente pela *teoria da imputação objetiva* e o marco das *condutas socialmente neutras* é de especial relevo na temática vertida. Além da contextualização político criminal da celeuma e os concretos impactos havidos nas garantias individuais e no regular deslinde da atividade advocatícia quando se pretendo "criminalizar" o recebimento de honorários no exercício profissional, o estabelecimento de parâmetros dogmáticos claros na interpretação dos casos penais só se faz tangível indo além do aspecto subjetivo

82. Esse é o mesmo raciocínio exposto por Paulo Lôbo: "A Lei 11.767/2008 apenas admitiu a quebra da inviolabilidade em uma única hipótese: quando houver indícios de autoria e materialidade da prática de crime pelo próprio advogado. Nesse caso, não é mais o advogado, mas sim o cidadão, que resvalou para o crime, não podendo valer-se da inviolabilidade, que é prerrogativa exclusivamente profissional" (LÔBO, Paulo. Sigilo profissional é mais dever que direito do advogado. *Revista Consultor Jurídico*, 09.05.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-mai-09/paulo-lobo-sigilo-profissional-nao-privilegio-advogado]. Acesso em: 09.05.2019.

83. TOFIC, Fábio. Criminalização de honorários é fruto de preconceito. *Revista Consultor Jurídico,* 30.09.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-30/fabio-tofic-criminalizacao-honorarios-fruto-preconceito]. Acesso em: 08.05.2019.

(dolo) da conduta. O balizamento factual para a aplicação ou não da norma incriminadora precisa, antes de se valer da intenção do autor e/ou partícipe, da alocação e avaliação de critérios objetivamente postos pelas circunstâncias da ocorrência e da própria norma incidente.

Em suma, o advogado detém a prerrogativa de sigilo quanto aos seus honorários – desde que sempre observada a licitude dessa atuação – por uma questão primordial da relevância do seu ofício e sua indispensabilidade à administração da Justiça, com consequente efetivação das garantias básicas do cidadão. Nessa esteira entendeu o Colégio de Presidentes das Comissões de Direito Eleitoral das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, em reação à quebras de sigilo bancário e fiscal ordenados pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2015 contra escritórios de advocacia atuantes na seara eleitoral: "O exercício da advocacia não se confunde com as supostas práticas ilícitas atribuídas aos seus constituintes e a violação da prerrogativa de sigilo dos advogados revela um grave quadro de retrocesso democrático".[84] É pura e simples contraprestação de seu trabalho profissional. Explicar a origem de tais valores não incumbe ao advogado, e a relativização deste sigilo é afrontar diretamente o Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BERRUEZO, Rafael. *¿El cobro de honorários por parte del abogado defensor puede constituir blanqueo de dinero?* In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2019.

BLANCO CORDERO, Isidoro. A prevenção da lavagem de dinheiro. In: Martín, Adán Nieto (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ESTELLITA, Heloísa. A confiança, o sigilo e a inviolabilidade. *Revista dos Tribunais*, v. 970, p. 19-33, ago. 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

84. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-30/quebra-sigilo-retrocesso-democratico-dizem-presidentes-oab]. Acesso em: 22.04.2019.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

CLAPP, James E. *Pocket legal dictionary.* 3. ed. Nova York: Random House Webster's, 2007.

COCA VILA, Ivo. El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia. *InDret*, 4/2013, p. 3. Disponível em: [www.indret.com/pdf/1003.pdf].

COELHO NETO, Celso Barros. A advocacia na Constituição da República. In: LAMACHIA, Claudio; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). *Constituição da República*: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2018.

DA COSTA, Helena Regina Lobo. Honorário advocatícios e lavagem de dinheiro. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal*: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012.

DE SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 73, p. 107-155, jul.-ago. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Justitia*, n. 8, p. 59-86, 2010. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978989.pdf].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FILIPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro*: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2012.

GIANARIA, Fulvio; MITTONE, Alberto. *O advogado necessário* (*trad. Alberto Luís*). Coimbra: Almedina, 2011.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodvim, 2017.

LILIE, Hans. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARMAZA, Emilio José Armaza (Coord.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. Sigilo profissional é mais dever que direito do advogado. *Revista Consultor Jurídico*, 09.05.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-mai-09/paulo-lobo-sigilo-profissional-nao-privilegio-advogado].

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José Ramón. *Abogacía y blanqueo de dinero: conclusiones*. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

MELLO, Fábio Roberto Barros. A experiência canadense. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017.

MESQUITA, Octávio de Godoy Bueno Caldas. Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições. *Revista dos Tribunais*, v. 869, p. 66-98, mar. 2008.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales? In: LLINARES, Fernando Miró (Dir.); FERRÁNDEZ, Samuel Rodríguez (Coord.). *¿Casos difíciles o irresolubles?* Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales. Madrid: Dykinson S.L., 2010.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *La teoria del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas Ediciones. 2008. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al.).

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SÁNCHEZ STEWART, Nielson. Abogados y blanqueo de capitales. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *II Congreso sobre pevención y represipon del blanqueo de dinero*. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2011.

SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Abogados y prevención del blanqueo de capitales*. Málaga: Editorial Ley 57, 2014.

SÁNCHEZ STEWART, Nielson. La árdua labor del Abogado: dificultades con las que se encuentra la Abogacía española en el cumprimiento de la legislación

antiblanqueo. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *IV Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2011.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TOFIC, Fábio. Criminalização de honorários é fruto de preconceito. *Revista Consultor Jurídico,* 30.09.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-30/fabio-tofic-criminalizacao-honorarios-fruto-preconceito].

TORON, Alberto Zacharias. O sigilo profissional do advogado e a proteção à cidadania. *Revista dos Tribunais,* v. 937, p. 221-232, nov. 2013.

VAN DEUSEN, Mark C. The attorney-client privilege for in-house counsel when negotiating contracts: a response to Georgia-Pacific Corp. *v.* GAF Roofing Manufacturing Corp. *William & Mary Law Review*, v. 39, Issue 4, p. 1397-1439, 1998. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/73967240.pdf].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações, de Vivian Cristina Schorscher – *RT* 863/435-459 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/1043-1077 (DTR\2007\764);
- Advocacia em risco – perigo para a ampla defesa, de Luana Paschoal – *Ciências Penais* 16/333-357 (DTR\2012\450253); e
- Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, de Fernando Gardinali Caetano Dias – *RBCCrim* 110/147-174 (DTR\2014\18439).

Direito à não autoincriminação: a presença do advogado na fase inquisitória

Right to non-self-incrimination: the presence of lawyers in the investigation phase

Cláudio Brandão

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da UFPE. Professor Visitante das Universidades de Lisboa e de Roma – Tor Vergata. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (2007). Doutor em Direito pela UFPE (2002).
brandaoclaudio@hotmail.com

Camila Andrade dos Santos

Mestre em História das Ideias Penais pela FADIC-PE (2017). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera Uniderp (2013). Graduada em Direito pela UFPE (2012). Vice-Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB-PE. Associada fundadora da UNACRIM e membro do IBCCrim. Advogada criminalista em Recife.
camila@celioavelino.com.br

Recebido em: 12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão dos autores: 15.06.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como objetivo investigar, sob a ótica das prerrogativas e das garantias fundamentais, a possibilidade de um advogado, a requerimento da testemunha, acompanhá-la em seu depoimento na fase de inquérito. A temática ganhou relevância diante das recorrentes vedações, em Pernambuco, à presença do advogado, com consequente elaboração de um parecer pela Unidade de Apoio Jurídico da Polícia Civil local no sentido de autorizar a restrição imposta. A matéria será examinada a partir de revisão legal, doutrinária e jurisprudencial,

Abstract: This article intends to investigate, considering the prerogatives and the fundamental rights, the possibility of a lawyer, requested by a witness, accompany her testimony in the investigation phase. The theme has got relevance due to the fact that, in Pernambuco, the presence of lawyers has been recurrently prohibited, leading to the elaboration of a legal opinion in which the Legal Support Unit of the local Civil Police authorizes the restriction imposed. The matter will be examined reviewing the concerning legislation, doctrinal texts and jurisprudence, confronting

confrontando os fundamentos costumeiramente invocados para afastar o advogado da oitiva, seja por sua invalidade, em aberta afronta ao princípio da não autoincriminação; seja por sua ilogicidade; seja por violarem acintosamente as prerrogativas outorgadas à advocacia, jogando-lhe a pecha de obstáculo à persecução da justiça.

Palavras-chave: Prerrogativas – Fase inquisitória – Oitiva de testemunhas – Eficácia das diligências – Princípio da não autoincriminação.

the arguments usually invoked to prevent the lawyer from accompanying the testimony, either because of their invalidity, violating the principle of non-self-incrimination; either due to its illogicality; or because they infringe outrageously the prerogatives granted to advocacy, faced as an obstacle in the fight for justice.

Keywords: Prerogatives – Investigation phase – Witness testimony – Effectiveness of the diligence – Principle of non-self-incrimination.

Sumário: 1. Introdução. 2. Lisura do procedimento: um interesse de todos. 3. A presença do advogado representa risco?. 4. Não é privilégio, é prerrogativa: tutelando o direito à não autoincriminação. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, buscou-se firmar um sistema acusatório, marcadamente garantista e cuja tônica é a ampliação de direitos. Alterações legislativas recentes mitigam, de forma tímida e pontual, aspectos inquisitoriais (ainda) preponderantes no Código de Processo Penal. O resultado é uma legislação retalhada, incoerente e na qual convivem normas de bases doutrinárias absolutamente opostas – é o enlace legal do incompatível.

Os limites ao exercício da advocacia na fase investigativa representam um território especialmente nebuloso num processo penal que ora se diz inquisitório, ora se pretende acusatório e ora se intitula misto. A cultura das teorias "ecléticas" ou "mistas", frequentemente apontadas como alternativas "moderadas" a tipos ideais extremos, levou o Legislador, a doutrina e a jurisprudência a uma obsessão pelo comodismo do meio termo. A (pseudo)união entre modelos penais inconciliáveis, com pressupostos e objetivos diametralmente opostos, desagua num gravíssimo fenômeno dissociativo, levando ao preocupante diagnóstico de uma esquizofrenia jurídica.

O cotidiano forense, longe de assegurar previsibilidade e coesão na forma de se conduzir os ritos penais, revela protocolos díspares e polêmicos[1]. Alguns desses

1. É importante destacar que a previsibilidade das instituições (e das soluções), tanto processuais penais quanto penais, é apontada como o próprio fim de se associar a esses

"procederes", por não ensejarem necessariamente nulidades no processo penal – mas sim afronta a prerrogativas –, muitas vezes passam ao largo das instâncias superiores, o que reduz a probabilidade de o ato ser repensado e, quiçá, revisto.

Tem se tornado procedimento corriqueiro na Polícia Civil pernambucana impedir que indivíduos intimados para prestar depoimento na condição de testemunhas o façam acompanhados de um advogado(a): não um advogado indicado por terceiro ou constituído pelo sujeito formalmente investigado, mas um advogado cuja presença fora solicitada pela própria testemunha.

Instada a se manifestar, a Unidade de Apoio Jurídico da Polícia Civil de Pernambuco – UNAJUR/PCPE – lançou parecer sobre o tema[2], expondo sua análise das normas pertinentes no intuito de conferir respaldo à práxis local, isto é, à "proibição de presença de advogado de testemunha durante a colheita do seu depoimento"[3].

A peça opinativa, valendo-se do art. 20 do Código de Processo Penal; do art. 7º, inciso XXI e § 11 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB); e da Súmula Vinculante 14, conclui pela possibilidade de se proibir a presença do advogado da testemunha quando de sua oitiva perante a autoridade policial, no intuito de resguardar "o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse da sociedade"[4].

Parte-se, para delimitar o objeto, da seguinte pergunta de pesquisa: pode a autoridade policial, contrariando a preferência da própria testemunha, proibir que um advogado acompanhe sua oitiva na fase inquisitória?

Embora a própria denominação – "advogado da testemunha" – desperte estranheza, por não se tratar formalmente de parte a ser representada num procedimento, a presente pesquisa tem como objetivo escapar de uma possível

saberes a metodologia que confere cientificidade, veja-se, por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestion penal*. Buenos Aires: BdeF., 2005. p.71 e ss. O que a previsibilidade, enquanto aplicação de um método, gera, é uma jurisprudência racional e igualitária. Tratando do tema aplicado à teoria do crime, veja-se Jescheck: "Os elementos gerais do conceito de crime, que estão sintetizados na teoria do crime, possibilitam, ao contrário, uma jurisprudência racional, corretamente ligada e igualitária". Tradução livre de: "Die allgemeinen Merkmale des Verbrechensbegriffs, die in der Lehre vom Verbrechen zusammengefaßt werden, ermöglichen dagegen eine rationale, sachgebundene und gleichmäßige Rechtsprechung" (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker & Humblot, 1988. p.175).

2. Parecer UNAJUR/PCPE 254/2018 no Processo SIGEPE 8840723-5/2018. Interessada: Divisão especial de apuração de homicídios – Santa C. do Capibaribe.
3. Idem.
4. Idem.

resposta óbvia e açodada e verticalizar a abordagem do tema, mesclando uma análise que considere 1) as garantias dos cidadãos e, concomitantemente, 2) as prerrogativas dos advogados, que nada mais são do que ferramentas voltadas à concretização da cidadania.

Pretendendo destrinchar os argumentos invocados e expor suas eventuais inconsistências, o artigo considera textos legais, doutrina e jurisprudência. Ressalte-se que, embora muito se discuta sobre a atuação do advogado *do investigado* na fase inquisitória, pouco se aborda quanto à presença de causídicos no interesse de testemunhas. Há, portanto, um vácuo literário relativo ao tema, de modo que a presente pesquisa combina fundamentos diversos no intuito de trazê-los para a matéria em debate, buscando construir uma possível resposta à indagação de partida.

2. Lisura do procedimento: um interesse de todos

A Constituição Federal, em seu art. 133, dispõe que "o advogado é indispensável à administração da justiça". Em caráter complementar, a Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB –, estabelece que, "no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social" (art. 2º, § 1º).

Afrontando a literalidade da lei e da própria Carta Magna, frequentemente se percebe a advocacia como um obstáculo inevitável, cuja existência atrasa e por vezes inviabiliza a consecução de um fim: o desfecho condenatório, único avaliado como resultado produtivo e eficiente do processo.

A noção de que o advogado serve a um interesse particular (e contraposto) desencadeia medo, receio, desconfiança. Instintivamente, movidos pela pretensão de fazer – o que supõem ser – justiça, os operadores do direito tendem a afastar o advogado de atos diversos, sob o pretexto (quiçá ofensivo) de que, assim agindo, asseguram sua efetividade. Em que pese a parcialidade própria da advocacia, não há que se confundir o advogado com um empecilho voltado à obstrução da justiça – essa confusão é costumeira e tem sua origem na falsa dicotomia entre interesse público e privado.

A superação desse falso binário passa pela (re)significação da própria democracia, aqui compreendida não em sentido eleitoral ou quantitativo, mas numa concepção substancial de afirmação do sujeito frente ao Estado[5]. O complexo aparato institucional, burocrático e legal tem na sua essência a finalidade política

5. O Estado Democrático de Direito supõe uma exigência ética, a qual se traduz no reconhecimento da proteção da pessoa como uma limitação ao sistema penal (Cf. PAGLIARO, Antonio. *Sommario del diritto penale italiano*. Parte generale. Milano: Guiffrè. 2001. p. 203).

de garantir um valor supremo não sacrificável por razões de utilidade: o ser humano[6]. O sujeito agora é percebido não apenas como indivíduo, mas como membro da comunidade, cuja proteção é a pedra angular do sistema jurídico[7]. Essa é a tônica da hermenêutica constitucional: o Estado não é um fim em si mesmo, tem como diretriz a proteção humana a que serve[8].

E, aliás, sempre oportuno relembrar: a punição prescinde do direito penal e do processo penal; a dogmática, num Estado Democrático de Direito[9], tem a missão garantir o indivíduo frente ao arbítrio estatal, impondo limitação e controle, com fundamento não só na dignidade da pessoa humana, mas também na própria noção de justiça[10]. Protege-se a parte para proteger o todo.

Não se sustenta, portanto, essa (pseudo)polarização "público *vs.* privado", ainda invocada como pretexto para relativizar direitos fundamentais, pois as garantias elencadas pela Carta Magna não servem a um interesse privado, mas à própria democracia[11].

---

6. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976. p. 174.
7. CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial e peças informativas do crime. *Justitia*, São Paulo, v. 62, 189-192, jan.-dez. 2000. p. 91-99. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41364]. Acesso em: 07.05.2019.
8. ESER, Albin. Una justicia penal a la medida del ser humano. *Temas de derecho penal y procesal penal*. Lima: Idensa, 1998. p. 253.
9. "É impossível dar ao poder as características de um conceito metafísico, pois ele se realiza exclusivamente em função de uma condição real de mando. Isto significa que a substância do poder é concreta, nunca ideal. Isto posto, um objeto ideal, como o bem jurídico – ou mesmo a norma – por si só, não é capaz de realizar essa limitação. Porém, o poder de punir tem uma pretensão de legitimidade nos Estados Democráticos de Direito, que é associada ao método através do qual esse poder se perfaz" (BRANDÃO, Claudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018. p. 39).
10. "Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más. en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los limites al poder punitivo estatal, limites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma" (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion al derecho penal*. Buenos Aires:BdeF., 2001. p. 107).
11. LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos atos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [Jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, abr.-jun. 2003. p. 378-396. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44663]. Acesso em: 10.05.2019.

Partindo-se desses pressupostos, uma primeira reflexão sinaliza no sentido de não se poder proibir a presença do advogado quando da oitiva de testemunhas: o advogado, no exercício de seu múnus, pode contribuir para que se assegure a lisura do ato.

Não se trata, dessarte, de resguardar o exercício do contraditório ou da ampla defesa, em tese despiciendos se, aparentemente, o sujeito é convocado na condição de testemunha; trata-se, sim, de se zelar pela higidez do procedimento, no interesse do indivíduo intimado a comparecer e, aliás, de toda a sociedade. É, inclusive, prerrogativa outorgada pelo Estatuto da Advocacia, que, em seu art. 7º, inciso XI, elenca como direito do advogado "reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento".

É possível, exemplificativamente, que se formule indagação cuja resposta seja legalmente acobertada por sigilo e que essa desobrigação de resposta seja desconhecida da testemunha[12]. A regularidade da oitiva, conduzida diretamente por autoridade policial e sem quaisquer constrangimentos ou direcionamentos que comprometam o teor do apurado, não é interesse individual, é um objetivo comum e de base democrática. Não se pode presumir a intenção de agir de maneira irregular, mas tampouco se pode considerar as autoridades imunes a equívocos, e essa falibilidade inerente ao ser humano reforça o direito que tem o cidadão de se ver tecnicamente assistido.

Perfeitamente compreensível, portanto, que determinada testemunha, instada a comparecer a uma Delegacia e desconhecendo o trâmite usual, prefira fazê-lo na companhia de alguém em quem confie, que congregue conhecimentos técnicos capazes de assegurar a lisura do ato, sobretudo porque realizado num ambiente naturalmente desconfortável e intimidante.

3. A presença do advogado representa risco?

O parecer exarado pela Polícia Civil de Pernambuco[13] conclui pela possibilidade de se proibir a presença do advogado que acompanha a testemunha sob o argumento, em síntese, de que se trata de *diligência em andamento*, situação que

12. CALDAS, Saulo Henrique. *O direito da testemunha de depor na presença de um Advogado (5)*. Disponível em: [https://sauloadv.wordpress.com/2015/05/03/o-direito-da-testemunha-de-depor-na-presenca-de-um-advogado-5/]. Acesso em: maio 2019.

13. Parecer UNAJUR/PCPE 254/2018 no Processo SIGEPE 8840723-5/2018. Interessada: Divisão especial de apuração de homicídios – Santa C. do Capibaribe.

atrairia a incidência do art. 7º, § 11, da Lei 8.906/94[14] combinado com o art. 20 do Código de Processo Penal[15].

O sobredito dispositivo integra a versão original do Código de Processo Penal, datado de 1941, que, despiciendo relembrar, possui matriz marcadamente fascista e inquisitória. Não fosse o bastante, emprega fórmula aberta, vaga e linguisticamente porosa, com força retórica irretorquível e capaz de legitimar toda e qualquer determinação – leia-se preferência – da autoridade policial, que, aliás, parece menos passível de controle que os próprios magistrados[16], atrelados que são ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

O art. 20 padece de indisfarçável anemia significativa, constituindo odioso resquício de uma dogmática desvinculada do propósito de contenção. O emprego de cláusula genérica, com conteúdo impreciso, permite gigantesca elasticidade semântica, tudo em prol de um eficientismo eminentemente utilitarista, que historicamente foi a base de regimes opressores[17].

O poder excessivo conferido pelo dispositivo exige não apenas uma leitura à luz da Constituição, mas sob a ótica das prerrogativas outorgadas aos advogados. A (ofensiva) alegação de que sua presença poderia frustrar o objetivo da diligência, além de lançada sem a necessária e indispensável fundamentação, traz consigo, novamente, a noção de que o advogado serve a fins opostos, constituindo obstáculo ao interesse social.

É preciso distinguir, até mesmo para compreender a aplicabilidade dos dispositivos em análise, que o inquérito policial abrange dois momentos: uma fase

14. "§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências."

15. "Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade."

16. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr.-jun. 1997. p. 129. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17817]. Acesso em: 07.05.2019.

17. LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos atos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [Jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, abr.-jun. 2003. p. 389. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44663]. Acesso em: 10.05.2019.

inicial de investigação, cujo sigilo é inerente à sua efetividade, na qual, respeitadas as garantias individuais, realiza-se, por exemplo, interceptações telefônicas; e uma fase posterior, de produção de elementos de informação baseados no que fora sigilosamente coletado – passa-se, por exemplo, à oitiva de testemunhas.

O primeiro momento traz consigo a essência do inquérito e não comporta controle *ex ante*[18], pois seria absolutamente ilógico que se alertasse a respeito de diligências que de fato exigem o fator surpresa. Nessas situações, o alvo da medida investigativa – e seu advogado –, além de não ter acesso ao que está sendo coletado, sequer tem conhecimento de que a diligência existe.

Passada essa fase, que representa a essência da expressão "diligências em andamento", o Estatuto da Advocacia e da OAB, enaltecendo a função social exercida pelo advogado, confere-lhe pleno acesso aos autos do inquérito, "mesmo sem procuração" (art. 7º, XIV[19]).

Ademais, ainda que se pudesse estender a oponibilidade do sigilo aos advogados a esse segundo momento do inquérito policial, não basta que haja "diligência em andamento", é preciso que se indique o "risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade da diligência" (art. 7º, § 11, da Lei 8.906/94), que não pode ser simplesmente presumido, e, mais, essa providência precisaria justificar-se abstrata e concretamente – ao que parece, não é um caso nem o outro.

Concretamente, a exclusão física do advogado é – ou não – objeto de fundamentação pela autoridade policial, situação casuística que não convém analisar na presente pesquisa. Registre-se, todavia, que a regra local[20] tem sido a proibição imotivada do acesso às oitivas, sob a alegação genérica de que poderia frustrar o objetivo da diligência – não se sabe, todavia, por quê. A incidência de norma que excetua direitos assegurados (art. 7º, § 11, Lei 8.906/94) exige, por sua própria natureza restritiva, que se indique o porquê de a situação amoldar-se à exceção. Não custa repisar: o que demanda amparo legal não é a presença do advogado – mesmo porque já há –, mas sim seu alheamento da oitiva.

18. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr.-jun. 1997. p. 131. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17817]. Acesso em: 07.05.2019.

19. "XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, *mesmo sem procuração*, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;"

20. Parecer UNAJUR/PCPE 254/2018 no Processo SIGEPE 8840723-5/2018. Interessada: Divisão especial de apuração de homicídios – Santa C. do Capibaribe.

Abstratamente, além de vilipendiar o exercício do múnus advocatício, é restrição ilógica, sob os mais diversos que se possa analisar. De onde se origina essa inferência de que o advogado, presente, comprometeria a eficácia da oitiva, isto é, o teor do depoimento prestado pela testemunha?

Somente se poderia conceber um risco ao conteúdo das declarações diante de duas situações: 1) se a presença do advogado gerar algum tipo de constrangimento que induza a testemunha a ocultar/falsear a verdade; 2) se a autoridade policial pretender valer-se de expedientes eficientistas não republicanos que poderiam vir a ser impugnados pela presença de um advogado. O que não poderia ser indagado diante de um patrono? A que finalidade sua presença seria inconveniente?

Parte-se, aqui, da premissa de que a segunda hipótese não é, seguramente, o motivo pelo qual se tem proibido a presença dos advogados durante as oitivas – a providência, embora, a nosso ver, equivocada, certamente tem como norte a finalidade precípua de fazer justiça.

A primeira situação, por sua vez, não resiste a um sopro de lógica e racionalidade. Seria desarrazoado conceber o advogado convocado *pela própria testemunha* como um fator de constrangimento às suas declarações. Se o advogado não representa um indutor de falseamento, constrangendo o(a) declarante a faltar com a verdade, por que outro motivo sua presença – repita-se: requerida pela própria testemunha – comprometeria a eficácia da diligência?

A Polícia Civil de Pernambuco, ao chancelar a proibição de acompanhamento da oitiva por advogado, evidencia, ainda, uma preocupação (igualmente ilógica) com o sigilo das investigações, alegando que "se a finalidade do procedimento inquisitivo é buscar provas para a constatação do fato, sua autoria e materialidade, seria um contra senso [sic] fazer qualquer *divulgação* a respeito de tais circunstâncias" e menciona, ainda, a "que a divulgação precipitada de fatos *à sociedade* poderá ser prejudicial à sua completa elucidação"[21] (destaque de agora).

Incorre, aqui, em verdadeira afronta *erga omnes* à advocacia: equiparar seu acesso ao inquérito, franqueado expressamente pelo legislador, a uma "divulgação" dos fatos apurados "à sociedade". Advogado não é imprensa – para "divulgar" – nem serve à disseminação ilegal de informações sigilosas. Esse fundamento, se não beira a criminalização da advocacia, equivale à confusão – e chacota – de sua função constitucionalmente outorgada. E, aliás, a cautela quanto ao sigilo parece arrefecer diante dos efetivamente incumbidos da divulgação, sendo

21. Parecer UNAJUR/PCPE 254/2018 no processo SIGEPE 8840723-5/2018. Interessada: Divisão especial de apuração de homicídios – Santa C. do Capibaribe.

lamentavelmente corriqueiro que patronos tomem conhecimentos de atos investigativos e/ou judiciais pelos meios de comunicação antes mesmo da veiculação pelos meios oficiais.

Ademais, incoerente – e preocupante – que o receio quanto ao "vazamento de informações sigilosas e essenciais"[22] seja direcionado justamente aos advogados, quando é perfeitamente possível, em tese, que a própria testemunha constitua veículo de escape.

Pior: embora calcada, em tese, na pretensão de resguardar o sigilo do inquérito policial, a fundamentação do parecer exarado atinge o ápice da incoerência e ilogicidade quando determina que a autoridade policial forneça ao advogado cópia do depoimento prestado pela testemunha logo após a conclusão da oitiva, fazendo valer o art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94. É precisamente essa a orientação contida no parecer exarado pela Polícia Civil pernambucana[23].

Ora, houvesse um efetivo receio quanto ao acesso dos advogados ao apurado, tampouco se permitiria o acesso ao teor do depoimento logo após a oitiva – e se permite. Vê-se, assim, que os advogados, tanto pela previsão legal como inclusive pela própria práxis adotada, já têm – ou deveriam ter – acesso aos elementos do inquérito, independentemente de procuração, e essa prerrogativa não se confunde com ampla divulgação nem retira a natureza sigilosa do procedimento.

4. Não é privilégio, é prerrogativa: tutelando o direito à não autoincriminação

Há, ainda, um último fundamento invocado para restringir que advogados acompanhem a coleta de declarações: alega-se que a Súmula Vinculante 14[24], por resguardar o direito *de defesa*, não legitimaria o acesso do advogado para o acompanhamento *de testemunha*, à qual não se dirigiriam as garantias constitucionais. Não sendo destinatária dos direitos estipulados, a testemunha prescindiria de assistência técnica.

Há de se levar em conta, primeiramente, o contexto de atuação cada vez mais expansiva, incisiva e ostensiva da Polícia, Ministério Público (Federal) e Poder

22. Parecer UNAJUR/PCPE 254/2018 no Processo SIGEPE 8840723-5/2018. Interessada: Divisão especial de apuração de homicídios – Santa C. do Capibaribe.

23. Idem.

24. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Judiciário, publicizando tudo a todo tempo e criando, em relação ao funcionamento das instituições, o paradoxo da satisfação *vs.* receio. Diante do crescente temor frente ao aparato policial e judicial, perde força o mito do "quem não deve não teme"[25].

Relativiza-se garantias e a literalidade da lei em prol de um pretenso (e falso) resultado útil – o combate à impunidade – e essa mitigação dos direitos fundamentais interessa enquanto ferramenta cujo destinatário é "o outro". Havendo o mínimo risco de que um procedimento investigativo se volte contra o indivíduo, seja porque efetivamente deveria, seja porque a autoridade policial não está imune a equívocos, o sujeito convocado na condição de testemunha comumente prefere valer-se de assistência técnica para se resguardar. Em suma: devendo ou não, teme.

Mais: o receio pode estar vinculado à existência de uma efetiva irregularidade – não necessariamente um ilícito penal –; ou à existência de uma *aparente* irregularidade, que, analisada a partir de elementos outros dos quais dispõe a testemunha, com a devida orientação técnica de um advogado, possivelmente desnudará uma conduta perfeitamente lícita, afastando possíveis suspeitas que, de outra forma, equivocadamente recairiam sobre o(a) declarante. A legislação permite que o advogado, inclusive, apresente "razões e quesitos", realizando (ou viabilizando) esclarecimentos possivelmente capazes de evitar uma persecução equivocada em desfavor do sujeito assistido (art. 7º, XXI, *a*, da Lei 8.906/94).

O sujeito, antecipando-se, pode evitar a pecha de investigado: 1) ou porque não praticou qualquer fato típico; 2) ou porque, se praticou, não será ele, na condição de mera testemunha, o responsável por produzir elementos em seu desfavor, alçando-se ao *status* de suspeito. Em nenhuma hipótese se vislumbra chicana, abuso ou ilegalidade, mas sim 1) uma colaboração com as atividades investigativas; ou 2) o exercício do direito à não autoincriminação – e, em ambas as situações, é crucial a presença do advogado.

O princípio da não autoincriminação estabelece que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo e está diretamente ligado ao instinto de preservação ínsito ao homem. Tem como desdobramento, exemplificativamente, o direito ao silêncio, embora nele não se esgote[26].

---

25. VIANNA FILHO, Ivan Xavier. *Advogado de testemunha*: uma necessidade contemporânea. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/advogado-de-testemunha-uma-necessidade-contemporanea-3ppnr8bzllgc6unlcyid1ncsi/]. Acesso em: maio 2019.

26. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

Na lição de Ferrajoli, é corolário do *nemo tenetur se detegere* justamente o direito à assistência jurídica, concretizado na presença do advogado durante a oitiva, impedindo abusos ou violações às garantias processuais[27]. Impedir a presença do advogado é providência que se distancia – e muito – da tônica inerente aos regimes democráticos, coadunando-se, quiçá, com bases doutrinárias de regimes totalitários e fascistas, a exemplo das formulações elaboradas por Manzini, que repudiava a tutela da inocência e a noção de que ela seria presumida[28].

Recentemente, a Lei 13.245/2016 adicionou ao art. 7º da Lei 8.906/94 o inciso XXI[29], conferindo ao advogado o direito de "assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento".

Embora empregando, num primeiro momento, a expressão "clientes investigados", o dispositivo refere-se, logo em seguida, à nulidade do respectivo interrogatório *ou depoimento*. O legislador não emprega palavras vazias nem se estende para florear a legislação com meros sinônimos. Investigados são interrogados e *testemunhas prestam depoimentos*. A conjunção alternativa, aqui, cumpre a perceptível função de assegurar amplamente a atividade advocatícia, resguardando sua atuação em qualquer hipótese, independentemente do rótulo que circunde o sujeito convocado à Delegacia.

A justificativa apresentada no PL 6705/2013, que desaguou na Lei 13.245/2016, não deixa dúvidas: visa assegurar "exequibilidade do exercício da advocacia", enfatizando justamente a possibilidade de se evitar "indiciamentos equivocados, que poderiam ser evitados com a prévia oitiva dos investigados, os quais poderão contribuir com a investigação requerendo diligências"[30]. Não incumbe à autoridade policial, em prol de um falso eficientismo não fundamentado, sufocar direitos que o legislador claramente pretendeu ampliar.

---

27. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trota, 2001. p. 608.
28. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. t. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1951. p. 253.
29. XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei 13.245, de 2016).
30. Tramitação do PL 6705/2013. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599639]. Acesso em: 11.05.2019.

Ademais, havendo dúvida quanto à abrangência de um texto legal, possível contradição ou mesmo lacuna deixada pelo legislador – que não parece ser o caso –, as premissas sistêmicas elencadas no início da pesquisa constituem valores fundantes da atividade estatal, princípios orientadores que devem funcionar como vetores hermenêuticos para colmatar brechas[31]. Assim, o norte interpretativo não é nem pode ser o desmedido consequencialismo, mas sim a afirmação do indivíduo frente à (pseudo)eficiência estatal.

Alberto Zacharias Toron, em minuciosa análise sobre os limites das prerrogativas profissionais, esclarece que, não obstante a edição da súmula vinculante 14, diversos são os aborrecimentos suportados por advogados, pois, tergiversando, é comum que se drible as prerrogativas dos advogados sob o argumento de que o indivíduo não foi formalmente indiciado[32].

É possível, inclusive – e infelizmente não se pode desconsiderar essa hipótese –, que a intimação na condição de testemunha seja maliciosamente realizada no intuito de evitar que o sujeito faça uso de certas garantias, a exemplo do direito ao silêncio. Seja por estratégia investigativa; seja porque, embora haja uma suspeita, a autoridade policial ainda não tem elementos para imediatamente enquadrar o sujeito na posição de investigado, o fato é que nem todos os indivíduos tachados a princípio de "testemunha" têm a segurança de que esse status permanecerá.

Despiciendo pontuar que, 1) sendo a testemunha uma mera testemunha – e não um alvo disfarçado –, a presença de um advogado a seu requerimento não compromete, naturalmente, a eficácia das investigações; e, 2) sendo a testemunha um alvo em potencial, doa a quem doer, o direito à presença do advogado é a base do Estado Democrático de Direito.

A defesa das garantias aplicáveis em sede de processo penal, com as quais estão intimamente ligadas as prerrogativas conferidas à advocacia, traz em sua natureza uma essência contramajoritária. No bojo de uma cultura (pseudo) eficientista e solapadora dos direitos fundamentais, o advogado com atuação na esfera criminal, se comprometido com a efetivação dos princípios constitucionais basilares, travará luta constante pela observância de suas prerrogativas e conviverá, invariavelmente, com a impopularidade.

31. CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial e peças informativas do crime. *Justitia*, São Paulo, v. 62, 189-192, jan.-dez. 2000. p. 94. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41364]. Acesso em: 07.05.2019.

32. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67.

Fauzi Hassan Choukr, discorrendo sobre a presença do advogado do investigado quando da oitiva de testemunhas, entende pela inexistência de qualquer óbice[33] – e, ressalte-se, é situação distinta: permite-se que o patrono acompanhe a coleta das declarações no interesse de terceiro, o investigado. Aqui, inclusive, prescindindo de alentados debates quanto aos limites da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito, defende-se o mais óbvio: o acompanhamento de causídico solicitado no interesse do(a) próprio(a) declarante.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho exarou parecer sobre o tema, concluindo que, "sob o fundamento do sigilo, não podem as autoridades policiais impedir os advogados, regularmente constituídos ou não, de acompanharem atos de produção de prova no inquérito policial, mormente depoimentos", defendendo, inclusive, o direito a reperguntas[34].

A preocupação não é isolada entre advogados, mas atinge, igualmente, Delegados de Polícia cujas atuações são pautadas pela supremacia constitucional. Não havendo, *a priori*, um rol de investigados, é preciso que haja "garantias ao advogado para que ele possa acompanhar o seu cliente na oitiva (independentemente de já o ser considerado suspeito), sob pena de ele acabar produzindo, inadvertidamente, elementos em seu desfavor"[35]. Não dando margem a dúvidas, arrematam: "O causídico atuará imperativamente a partir da produção da 'prova' oral relativa a seu cliente, ou seja, desde sua oitiva como indiciado ('interrogatório') *ou como mera testemunha ('depoimento')*"[36] (destaques de agora).

Colocando uma pá de cal no assunto, o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas e recentes análises, chancelou a possibilidade de acompanhamento da testemunha por advogado em sede policial.

Num primeiro momento, deparou-se justamente com uma situação em que o paciente, "embora rotulado de testemunha, em verdade encontrava-se na condição

33. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995. p. 115.

34. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr.-jun. 1997. p. 134. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17817]. Acesso em: 07.05.2019.

35. MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não é obrigatório*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio]. Acesso em: 05.05.2019.

36. Idem.

de investigado". Não vislumbrou crime de falso testemunho, pois a negativa de responder às perguntas formuladas estaria acobertada pelo direito ao silêncio[37].

Mais recentemente, o Pretório Excelso concedeu uma ordem de *habeas corpus* para anular o processo a partir da inquirição da paciente e, assim, deu passo valiosíssimo na consagração do direito à não autoincriminação. É que, na hipótese, a paciente fora inquirida "como se testemunha fosse", sem a "advertência formal do direito ao silêncio" e, segundo o voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandovski, "esta Suprema Corte já assentou, em mais de uma ocasião, que, *seja na condição de investigado ou de testemunha*, o paciente tem o direito de permanecer em silêncio, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesmo" (destaques de agora), pois "incide, na hipótese, o princípio *nemo tenetur se detegere*"[38].

E, aliás, há muito já esclarece a Suprema Corte: o respeito às estruturas protetivas do Estado Democrático de Direito não põe em xeque a eficácia de investigações, configurando, sim, fator de legitimação[39].

5. Considerações finais

As prerrogativas conferidas a advogados, longe de alçá-los a um lugar de privilégios, viabiliza o pleno exercício de suas (indispensáveis) funções, com liberdade, independência e sem amarras, tudo no intuito de, direta ou indiretamente, resguardar os direitos daquele que convoca o advogado: o cidadão. Não por outro motivo, "o estudo das prerrogativas profissionais dos advogados se entrosa com o capítulo dos direitos e garantias individuais", sendo certo, ainda, que "a degradação das prerrogativas profissionais [...] se dá no mesmo compasso [da degradação] das garantias deferidas aos investigados e/ou acusados no processo penal em nome da eficácia punitiva"[40].

A situação analisada na presente pesquisa constitui preocupante dado de realidade, pois denota uma fragilização do exercício da advocacia – ora enfraquecida, ora criminalizada. Essa opacificação do advogado, sorrateiramente enxotado dos ambientes institucionais sob o pretexto de que representa obstáculo

37. STF, HC 106876/RN, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, *DJe* 01.07.2011.

38. STF, HC 136.331/RS, 2ª Turma, Min. Rel. Ricardo Lewandovski, *DJe* 27.06.2017.

39. STF, HC 86059/PR, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, decisão liminar, *DJ* 30.06.2005.

40. TORON, Alberto Zacharias. Prerrogativas profissionais e cidadania: duas palavras. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 93, set. 2007. p. 8. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=65996]. Acesso em: 07.05.2019.

à justiça, caminha de mãos dadas com o relativismo, na exata contramão das garantias individuais. Pretende-se justiça sufocando direitos – é o contrassenso supremo do falso eficientismo.

Se o indivíduo é convocado a depor na condição de testemunha, o rechaço à presença do advogado, a princípio, não redundará em prejuízo passível de ser alegado a título de nulidade processual – o debate quanto à irregularidade somente é judicializado se a testemunha eventualmente for realocada à posição de investigado, indiciado ou réu; não significa, todavia, que a restrição é irrelevante, na medida em que cerceia o exercício da advocacia e, assim, viola abertamente suas prerrogativas.

O vilipêndio das prerrogativas, longe de representarem meras irregularidades ou ataque a privilégios, tem potencialidade para atingir massivamente os direitos fundamentais – os mesmíssimos direitos fundamentais que as prerrogativas visam resguardar.

A presente pesquisa poderia ser facilmente substituída por um simples exercício de alteridade: imaginemo-nos na posição do sujeito que, intimado a comparecer à Delegacia, o faz na companhia de advogado de sua confiança e, ali chegando, o patrono é barrado.

À temática estressante – apuração de fato criminoso – e ao ambiente naturalmente hostil, soma-se a intimidação de não poder contar o suporte técnico de alguém em que se depositou confiança. Paralelamente, o advogado, que tem a irrefragável prerrogativa de acesso aos autos, é escanteado da oitiva, sob o pretexto contraditório e ilógico de que sua presença, apesar de "indispensável à administração da justiça", poderia, sabe-se lá como, comprometer a eficiência, eficácia ou finalidade da diligência.

Não bastasse a ilogicidade de se presumir que o advogado põe em risco a elucidação do fato e o interesse da sociedade, a aludida inferência equivale a um aviltamento da função advocatícia, agora tachada às escâncaras de obstáculo à persecução da justiça.

A presença do advogado, embora nem sempre obrigatória, é invariavelmente salutar: é um elemento extra capaz de assegurar e corroborar a higidez do ato, chancelando sua legitimidade. Eventuais divergências ou entraves procedimentais deverão ser reduzidos a termo, sendo certo que o patrono, se não contribui com o ato, certamente não irá prejudicá-lo. Parafraseando Toron[41], seria o caso de se indagar: quem tem medo da presença do advogado no inquérito?

41. TORON, Alberto Zacharias. Advogado criminal: um estorvo perigoso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, 119, out. 2002. Esp. p. 17-18. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39644]. Acesso em: 07.05.2019.

Referências

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.

BRANDÃO, Claudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018.

CALDAS, Saulo Henrique. *O direito da testemunha de depor na presença de um Advogado (5)*. Disponível em: [https://sauloadv.wordpress.com/2015/05/03/o-direito-da-testemunha-de-depor-na-presenca-de-um-advogado-5/]. Acesso em: maio 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial e peças informativas do crime. *Justitia*, São Paulo, v. 62, 189-192, p. 91-99., jan.-dez. 2000. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41364]. Acesso em: 07.05.2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 123-134., abr.-jun. 1997. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17817]. Acesso em: 07.05.2019.

ESER, Albin. Una justicia penal a la medida del ser humano. *Temas de derecho penal y procesal penal*. Lima: Idensa, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trota, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos atos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [Jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 378-396., abr.-jun. 2003. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44663]. Acesso em: 10.05.2019.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1951. t. I.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não é obrigatório*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio]. Acesso em: 05.05.2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion al derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2001.

PAGLIARO, Antonio. *Sommario del diritto penale italiano*. Parte generale. Milano: Guiffrè, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORON, Alberto Zacharias. Advogado criminal: um estorvo perigoso. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, v. 10, 119, esp. p. 17-18, out. 2002. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39644]. Acesso em: 07.05.2019.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA FILHO, Ivan Xavier. *Advogado de testemunha*: uma necessidade contemporânea. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/advogado-de-testemunha-uma-necessidade-contemporanea-3ppnr8bzllgc6unlcyid1ncsi/]. Acesso em: 08.05.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A indevida incriminação do exercício regular da advocacia, de Geraldo Prado – *RBCCrim* 148/243-282 (DTR\2018\19809);
- Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal, de Caio Marcelo Cordeiro Antonietto e Douglas Rodrigues da Silva – *RBCCrim* 156/61-90 (DTR\2019\31665);
- O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal, de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli – *RePro* 246/171-198 (DTR\2015\13214); e
- Teste do bafômetro, autoincriminação e hermenêutica: algumas considerações, de José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino e Wilson Levy – *RT* 928/399-484 (DTR\2013\442).

A Lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar

Law 13,245 / 2016 and the effectiveness of the lawyer's prerogatives in criminal investigation: constitutional guarantee of the right to defense in the preliminary phase

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp/LFG. Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados da OAB/MA. Advogado Criminalista.
carloshmendes@gmail.com

Marcos Eugênio Vieira Melo

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Bolsista CAPES. Especialista em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.
marcos.evmelo@gmail.com

Tiago Bunning Mendes

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Advogado. Professor. Presidente da Comissão dos Advogados Criminalistas da OAB/MS.
tiagobunning.adv@hotmail.com

Recebido em: 12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão dos autores: 18.06.2019

Áreas do Direito: Penal

Resumo: O presente escrito faz uma breve síntese acerca do que dispõe a Lei 13.245 do ano de 2016, que traz em seu texto uma nova redação para o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Abstract: This article is a brief summary of what has Law 13.245 of 2016, which brings in its text a new wording for article 7 of the Statute of the Bar Association. What is new in the preliminary A

novidade é a participação do advogado em fase de investigação preliminar, na qual este poderá examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigações, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade. Optou-se por trabalhar o presente artigo em duas partes, sendo a primeira direcionada especificamente à demonstração do grau de importância das prerrogativas dos Advogados para a democracia e para a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos. Já na segunda parte, trabalhou-se, de modo mais peculiar, as novidades trazidas pela referida lei e os avanços democráticos nela contidos.

Palavras-chave: Lei 13.245/2016 – Prerrogativas da advocacia – Direito de defesa – Investigação criminal.

investigation is the lawyer investigation, in which he can examine, in any institution responsible for conducting investigations, indictments and investigations of any nature, completed or in progress, although conclusive to the authority. It was decided to work in this article in two parts, the first one specifically aimed at demonstrating the importance of the prerogatives of lawyers for democracy and for the defense of citizens' fundamental rights. In the second part, we worked, in a more peculiar way, the inovation brought by said law and the democratic advances contained therein.

Keywords: Law 13,245/2016 – Prerogatives of the lawyers – Right of defense – Criminal investigation.

Sumário: Introdução. 1. As prerrogativas do advogado como garantia das garantias: seu valor constitucional e permanentes violações. 2. Superando a Inquisição na investigação preliminar. 3. Da efetividade constitucional do direito de defesa na Lei 13.245/2016. 4. Da aplicabilidade prática das prerrogativas previstas na Lei 13.245/2016. 4.1. Do direito de acesso aos autos da investigação (art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906.94). 4.2. Do direito de assistir seus clientes investigados (art. 7º, inciso XXI, da Lei 8.906.94). Considerações finais. Referências.

Introdução

O advogado pouco vale nos tempos calmos; o seu grande papel é quando precisa arrostar o poder dos déspotas, apresentando perante os tribunais o caráter supremo dos povos livres.
(Ruy Barbosa)

Se o que define o regime político é a participação dos sujeitos na governança e tomada de decisões, é também a função e atuação dos sujeitos no processo penal que define a estrutura processual inquisitória ou acusatória.

Obviamente, a estrutura processual se determina, fundamentalmente, pela atuação dos sujeitos diante da gestão da prova, núcleo fundante do processo penal acusatório, representado por um julgador absolutamente afastado da gestão probatória e com a carga da prova inteiramente absorvida pelo acusador.

Mas é algo anterior a isso que se torna determinante à estruturação de um processo penal democrático, sem o qual o processo deixa de garantir a efetivação de direitos do imputado e passa a satisfazer anseios de interesse coletivo.

Trata-se do direito de defesa (art. 5º, LV, da CF/88), sob o enfoque publicístico de garantia que transcende ao interesse da parte[1], cuja dimensão de garantia lhe faz superar a esfera privada, alcançando natureza pública como significante de um processo penal democrático[2].

Partindo dessa premissa, a Constituição Federal em seu artigo 133 reconhece que o advogado – responsável pela defesa técnica do imputado – é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Tal perspectiva reflete que que o direito de defesa extrapola o interesse exclusivo e pessoal do acusado, consistindo em verdadeiro interesse público[3].

Ressalta-se, portanto, o caráter constitucional que se dá para a atuação do advogado no exercício de seu labor, sobretudo no *munus* público de defender os direitos do débil. Nesse ponto é que surgem as prerrogativas da advocacia, na medida em que visam possibilitar o livre exercício profissional para a defesa de direitos fundamentais do cidadão.

A história nacional, desde os tempos de chumbo em que os criminalista foram os verdadeiros "heróis da resistência"[4], já mostrou que em tempos de crises institucionais, em que o arbítrio impera diante dos direitos individuais, surge a urgente e extrema necessidade de se ter profissionais desimpedidos para o exercício da Advocacia, cuja função precípua é a defesa desses direitos. A defesa de direitos mediante o auxílio dos Advogados é fundamental para a manutenção da democracia.

Com efeito, a Lei 13.245 de 2016 sinaliza que a defesa dos direitos dos cidadãos perante o Leviatã, ainda é matéria de preocupação legislativa. A referida norma modifica o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, possibilita ao

1. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, out.-dez., 1993. p. 11 (revista eletrônica).
2. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 36-37.
3. SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. *Crise no processo penal contemporâneo:* escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 313.
4. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Coragem:* a advocacia criminal nos anos de chumbo. Câmara dos Deputados. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2014. p. 2.

advogado a atuação livre e destemida em sede de investigações preliminares, desta forma, contribui para o reforço de garantias constitucionais.

Como se verá adiante, as modificações e inovações introduzidas pela Lei 13.246/2016 representam a efetivação das prerrogativas profissionais no curso da investigação, possibilitando aos advogados o exame dos autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, em qualquer instituição responsável por conduzir a investigação, bem como o direito subjetivo de assistir os seus clientes investigados, durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do ato que tiver sido cerceada sua participação.

Diante da atual previsão legal, é necessário adentrar no tema para investigar a dimensão do alcance da medida legislativa na fase preliminar do processo e a efetividade prática do exercício do direito de defesa (técnica) no curso da investigação criminal.

1. As prerrogativas do advogado como garantia das garantias: seu valor constitucional e permanentes violações

Reiteradamente o senso comum e certa parte incomum dos operadores do direito (dentre eles Magistrados, membros do Ministério Público e Policiais) confundem prerrogativa com privilégio, vistos como supostos abusos e interferências inadequadas[5] no curso de procedimentos nitidamente inquisitórios.

Por isso, conceituar as prerrogativas profissionais dos advogados é a primeira medida que se impõe, sendo necessário compreendê-las desde então como um conjunto de direitos e garantias especificamente dirigido para o livre exercício da profissão[6].

Há que se ressaltar sua dissonância a mero privilégio de classe, pois o entendimento por privilégio circunda uma ideia de vantagem, sendo por óbvio, desleal e desequilibrada a administração da justiça que privilegia uns diante dos outros. A prerrogativa é um direito indispensável da advocacia em face ao interesse social da profissão[7].

5. MINAGÉ, Thiago M.; BERTI, Marcio. A relação entre violação das prerrogativas no exercício da advocacia e o desrespeito aos direitos individuais. In: GOTINSKI, Aline et al. *Democracia em crise*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018. p. 146.
6. TORON, Alberto Zacharias e SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB Editora, 2006. p. 21.
7. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

A natureza das prerrogativas, como assevera Diniz[8], é eminentemente pública, um direito subjetivo do advogado. Trata-se, portanto, de instrumentos para o exercício da função do advogado cuja finalidade precípua é a defesa de direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, inocência, propriedade e outros.

Não há outra razão de existência às prerrogativas profissionais senão o fim ao qual se destina a atuação do advogado, sobretudo na justiça criminal, em que é indispensável garantir aos advogados o livre exercício profissional para proteção dos interesses de seus clientes.

Trata-se de uma garantia que precede todas as garantias primárias[9] do imputado, ou seja, a garantia das garantias, já que o advogado é o único escudo capaz de conter o poder das agências estatais em desfavor da pessoa investigada ou acusada. Não há proteção ao investigado sem que, primordialmente, seus representantes legais estejam protegidos por suas prerrogativas profissionais.

Isso porque a advocacia é atividade de resistência por excelência na medida em que combate a ofensa de direitos ou a efetividade destes, e por isso deve guardar amparo e tratamento diferenciado quando exercida. Certo é que quanto mais respeitado o Advogado, "maior o asseguramento do exercício das liberdades individuais, contrapondo-se tais prerrogativas aos abusos de representantes do Estado"[10].

Nas palavras de Casara e Melchior, o defensor ao proteger o estado de liberdade do imputado e a presunção de inocência em desfavor da opressão tem a missão democrática e de interesse público, pois a função de controle do poder punitivo e garantidor das liberdades públicas transcende o âmbito privado de seu cliente[11].

Portanto, desprestigiar as prerrogativas dos advogados significa, para além de permitir abusos em face de todos os cidadãos, a ruptura do sentido fundamental

8. DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Considerações sobre as prerrogativas do advogado. *Revista Jurídica da Universidade de Franca,* Franca, v. 8, n. 15, 2. sem. 2005. p. 35-54.
9. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006. p. 43. Para Ferrajoli, as garantias primárias são os direitos fundamentais que "consistem em expectativas negativas e positivas às quais correspondem a obrigações (de prestação) e proibições" de lesão".
10. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Na defesa das prerrogativas do advogado*. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 19.
11. CASARA, Rubens R. R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro.* Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. v. 1. p. 486-487.

de um Estado de Direito, vez que são os advogados aqueles "incumbidos de falar nos pretórios por aqueles cidadãos que tiveram seus direitos estreitados"[12].

Nesse ponto é importante reconhecer uma correlação de prejudicialidade entre a violação de prerrogativa profissionais dos advogados que acaba atingindo diretamente o cliente (investigado ou acusado), na medida em que restringindo o acesso aos autos de investigação, impedindo que o advogado elabore perguntas ou forneça documentos, restará prejudicada a ampla defesa do investigado e, notadamente, mais expostos estarão seus direitos sobre os quais recai o poder punitivo.

Por isso, segundo Toron e Szafir o instituto das prerrogativas passa a fazer sentido exatamente nos casos de excessos, do contrário a imunidade material de natureza constitucional seria desnecessária[13]. Salienta Fernandes que no Brasil, em época de ditadura militar, poucos foram os Juízes resistentes àquela ordem estatal, no sentido de garantirem, sob qualquer circunstância, o máximo de direitos fundamentais/individuais do cidadão. À época, "o homem do povo não tinha como se defender do detentor do Poder e precisava de quem o representasse"[14].

Nesse contexto, a legislação posta na época (Estatuto da Advocacia de 1963, Lei 4.215) não contemplava mecanismos capazes de garantir as prerrogativas profissionais de forma suficiente para coibir os abusos das agências estatais e contemplar o real direito de defesa no curso das investigações.

Mesmo considerando que o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a indispensável participação do advogado à administração da justiça, sendo destacada a inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício da profissão, o novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) não trouxe qualquer inovação quanto ao exercício do direito de defesa no curso das investigações, já que eram idênticas a redação contida no art. 7º, inciso XIV, àquela prevista no inciso XV do art. 89 da legislação anterior.

Também não foi suficiente que a Constituição Federal de 1988 determinasse a liberdade de exercício da advocacia, considerado o mais importante de todos os direitos, vez que a partir deste surgem os demais. Está em perfeita conformidade com o artigo 5º, XIII, da CF, que assegura o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão[15].

12. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. Op. cit., p. 44.
13. Idem.
14. FERNANDES Paulo Sérgio Leite. Op. cit., p. 18.
15. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

Mesmo considerando a somatória das prerrogativas previstas na Lei 8.906/94 e a indispensabilidade do advogado prevista na Constituição ainda não foi possível a efetivação do direito de defesa na fase preliminar do processo penal, demonstrando que a superação da inquisição não será alcançada no campo axiológico.

Por isso, Marta Saad adverte que "a Constituição vem sendo reiteradamente interpretada de forma a restringir as garantias constitucionais lá escancaradas, reduzindo-se a nada o direito de defesa (art. 5º, LV) e o direito à assistência de advogado (art. 5º, LXXIV, arts. 133 e 134), já na persecução preparatória ou prévia"[16].

O advogado como responsável pela defesa técnica vem sendo constantemente interpretado como óbice ao sistema de persecução penal[17], o exercício da advocacia e a luta pela observância das prerrogativas profissionais são "criminalizadas" juntamente com os delitos apurados. Os ideais de "lei e ordem" se extrapolam e o combate à criminalidade passa a exigir como corolário lógico o combate aos advogados e às suas prerrogativas. Trata-se de um imperativo movido a tornar inimigo da "lei e da ordem" aquele que defende direitos de acusados (inimigos eleitos).

Na mesma medida em que se "restringe e elimina direitos individuais em prol de um suposto 'bem maior' (coletividade), certamente, quem quer que ouse, pleitear o mesmo, levantar a voz em defesa de um direito individual pertencente ao 'inimigo' carregará contra si toda fúria dos serviçais do capital".[18]

Recentes ocorrências são exemplos representativos deste ambiente violador de prerrogativas profissionais, tais como a quebra de sigilo bancário do advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira com o fim de descobrir a origem dos honorários recebidos para a defesa de Lúcio Funaro[19], assim como a quebra de sigilo bancário e a busca e apreensão no escritório do advogado Zanone Manuel de

16. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 9). p. 200.
17. SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. *Crise no processo penal contemporâneo:* escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 325.
18. MINAGÉ, Thiago M., BERTI, Marcio. A relação entre violação das prerrogativas no exercício da advocacia e o desrespeito aos direitos individuais. In: GOTINSKI, Aline et al. *Democracia em crise*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018. p. 156.
19. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-fev-15/justica-quebra-sigilo-bancario-escritorio-mariz-oliveira]. Acesso em: 08.05.2019.

Oliveira visando identificar valor e origem dos honorários advocatícios recebidos para a defesa de Adélio Bispo de Oliveira acusado de tentar matar o Presidente da República, à época candidato, Jair Messias Bolsonaro[20].

Além disso, o ordenamento jurídico também corrobora com permanências abusivas que afrontam prerrogativas profissionais, tal como o Art. 9º, inciso XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) que obriga a comunicação de operações suspeitas e, obviamente, não deve(ria) ser aplicado aos advogados.

É nesse sentido que Grandis conclui que o status constitucional conferido a advocacia, cuja função é a defesa de direitos e garantias somado ao direito de livre exercício de profissão protegem a atividade advocatícia de modo que "o advogado que atua na defesa de seu constituinte em um processo judicial não pode ser obrigado a comunicar à Unidade de Inteligência Financeira (Coaf) ou ao órgão regulador da atividade (OAB)"[21].

A onda autoritária que orienta o sistema político brasileiro na atualidade pretende transferir ao próprio investigado-acusado (nas ações de improbidade, nos crimes contra administração pública, contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro) o dever comprovação da origem dos recursos utilizados para o pagamento de honorários, sendo este o objetivo do PL 1065/2019[22].

Submeter o advogado ao dever de comunicação imposto pela lei de lavagem não somente prejudicaria prerrogativas profissionais do advogado, como também representaria a quebra no princípio da confiança entre investigado-acusado para com seu defensor[23]. Ademais, coloca em risco o direito de defesa do cliente podendo inclusive acarretar uma inadmissível violação do direito a não autoincriminação (art. 8, 2, *g*, do Dec. 678/92) ao se disponibilizar voluntariamente informações que dizem respeito ao cliente[24].

---

20. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/liminar-advogado-autor-facada-bolsonaro.pdf]. Acesso em: 08.05.2019.
21. GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, ano 20, n. 237, 2012. p. 9-10.
22. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposica-o=2192894]. Acesso em 07.05.2019.
23. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 218.
24. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 188.

Badaró e Bottini, nesse sentido, concluem que

> "a inexistência do dever de comunicar não torna a advocacia um porto seguro para prática de lavagem de dinheiro, nem significa impunidade do profissional que contribuir materialmente para tais atos. O advogado, como qualquer outro profissional, deve se abster de participar ou contribuir com atos ilícitos"[25].

Ou seja, não há aqui uma escusa absolutória que isenta o advogado da prática do crime de lavagem de dinheiro, o que existe é uma prerrogativa profissional de sigilo que protege a relação de confiança entre advogado e constituinte com o fim de evitar que a exposição de fatos relacionados a este último coloque em prejuízo seu direito de defesa.

Por essa razão também se demonstra demasiadamente abusivo e violador das prerrogativas profissionais o PL 442/2019 que visa alterar a Lei 9.613/98 para criminalizar o exercício da advocacia tornando típica a conduta daquele que "receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado"[26].

Novamente se esquece que "não se exige do advogado que se certifique permanentemente de que todos os atos com os quais contribui – ou os valores objeto de sua atuação – sejam lícitos. [...] O que se impõe ao advogado é a abstenção, a não atuação, quando tomar conhecimento de que sua assessoria será usada para mascarar bens oriundos de infração penal"[27], de modo que somente praticaria lavagem de dinheiro o advogado que tenha conhecimento de que o cliente usará de sua prestação de serviços, e mais especificadamente do pagamento desta, para fins ilícitos.

Por fim, percebe-se ainda uma tentativa de criminalizar o exercício de defesa em si na medida em que se repudiam o acerto de versões fáticas entre investigados ou mesmo entre seus advogados, quando se busca imputar a esta conduta o tipo previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 que pune a chamada "obstrução de justiça"[28].

---

25. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 192.
26. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1-707692&filename=Tramitacao-PL+442/2019]. Acesso em: 08.05.2019.
27. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 192.
28. SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. *Crise no processo penal contemporâneo:* escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 326.

Há situações em que a combinação de depoimentos foi utilizada como elemento caracterizador do crime de "obstrução de justiça" dando ensejo ainda a prisão preventiva do advogado e de seu cliente investigado com fundamento na conveniência da instrução criminal[29].

O Supremo Tribunal Federal em decisão do Min. Gilmar Mendes ao analisar tema no HC 141.478/RJ manifestou que a conduta estaria configurada nos casos de "coação ou de tentativa de embaraçar uma postura colaborativa" destacando ainda que "a prerrogativa de influenciar outros investigados não é ilimitada"[30]. Nessa perspectiva, o investigado-acusado e seu advogado não podem ser sujeitos ativos do crime de obstrução de justiça, pois o direito de defesa e não autoincriminação impossibilitam a imputação deste delito.

Contudo, o direito de defesa não admite por óbvio o extrapolo da esfera da individualidade do investigado-acusado e de seu advogado, a eles tudo se permite sem que usurpem direito de terceiros, de modo que exemplificadamente a coação de testemunhas e outros investigados-acusados nos casos em que se evidencie a prática do tipo penal específico será responsabilizada. Interpretar o art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 para além disso é criminalizar o direito de defesa.

As prerrogativas dos advogados é o que garante a defesa dos direitos de cidadãos, é a garantia das garantias, instrumento que permite proteger e dar voz aos direitos fundamentais e individuais, sobretudo, quando violados. Possuem, portanto, papel antagônico ao arbítrio das agências estatais e do poder punitivo. Em consequência disto é que se deve sempre priorizar o exercício da Advocacia de modo independente, altiva, firme, forte e autônoma. Afinal, sem independência a advocacia fenece[31].

2. Superando a Inquisição na investigação preliminar

É importante ressaltar, primeiramente, que o Código de Processo Penal brasileiro mantém uma cultura inquisitória e um perfil autoritário desde sua formação. Apesar de diversas modificações no conteúdo primário do código, a construção da fase preliminar não foi substancialmente alterada, mantendo em quase sua totalidade as ideias originais baseadas na mentalidade autoritária da época.

29. Decisão proferida os autos 0005854-75.2016.403.6181, em trâmite na 6a Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, em 03.06.2016.

30. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 141.478/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*. 19.10.2017.

31. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

Com isso, as práticas investigativas hodiernas acabam sendo as mesmas que as adotadas em um regime autoritário de mais de 75 anos atrás[32].

Consta-se, ainda, que a inexistência de regras claras quanto ao procedimento que deverá ser adotado na fase de investigação preliminar fomenta (ainda mais) o autoritarismo e se afigura reflexo de uma cultura inquisitória ainda presente na persecução penal brasileira, que quando levada à essência policial ainda é verificada com mais vigor[33].

Essa cultura inquisitória acaba por colocar a dinâmica da fase de investigação como se fosse um processo inquisitório medieval, afastando a defesa e colocando-a como um obstáculo para se alcançar a "verdade"[34]. Entretanto, o direito de defesa tem que ser considerado como um *direito-réplica*[35], "que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ao ser objeto de diligências e vigilância policial"[36].

Ainda é comum a afirmação de que não existe direito de defesa e/ou contraditório no inquérito policial[37]. Contudo, a própria Constituição brasileira em seu

32. Segundo Giacomolli, "a fase preliminar é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2).

33. QUEIROZ, David. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 80. Em sentido similar, Scarance Fernandes afirma em relação as fases da persecução penal que: "É preciso regular cada uma por regras que, ao mesmo tempo, permitam atuação eficiente dos órgãos de persecução penal e resguardem os interesses do investigado ou do acusado. Assim, no exame de uma fase, importa destacar alguns exigências fundamentais que lhe dão consistência e asseguram, por isso mesmo, a atuação de importantes garantias do processo penal" (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74).

34. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993. p. 137.

35. Cf. MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982. p. 105.

36. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

37. Tanto a doutrina clássica, por todos, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. I., como a doutrina mais contemporânea, por todos, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

art. 5º, LV, assevera que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral* são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Segue-se a perspectiva de Lopes Jr.[38], cuja interpretação não pode ser restritiva de direitos. A norma é claramente protetora e qualquer confusão terminológica não pode ser obstaculizada para a sua aplicação no inquérito policial (fase de investigação).

Perceba-se, contudo, que a expressão empregada pela norma foi de "acusados em geral" e não meramente "acusados", compreendendo-se os indiciados ou imputados de forma genérica, abrangendo um leque maior do que mera acusação formal ligada ao exercício da ação penal.

Embora no inquérito policial inexista, de fato, acusados, a falha legislativa não impede o exercício do direito de defesa na investigação. Este, como visto, nasce como direito-réplica, ou seja, da agressão imposta pela imputação ao sujeito passivo, ou das diligências e vigilância policial, autoriza-se ao sujeito passivo a resistência em sentido jurídico-processual.

Ademais, há que se ressaltar que o inquérito policial é um procedimento administrativo realizado pela Polícia Judiciária[39], desse modo abarcado pelos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal. O direito de defesa, a seu turno, é imprescindível para a administração da justiça[40].

Logo, em um Estado democrático de direito que preze pelo limite aos impulsos punitivos, o direito de defesa tem que existir desde a fase de investigação, pois o *due process of law* incide desde a fase preliminar, embora em dimensão diferenciada em relação a sua aderência na fase processual[41]. Essa defesa, portanto, abrange uma defesa técnica, que supõe uma assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos e profissionais do direito. Nessa conjuntura, "a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório"[42].

38. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 172-174.
39. BADARO, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.
40. LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 470.
41. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 54.
42. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 473.

Além da defesa técnica, tem-se também uma defesa pessoal ou autodefesa, que engloba uma defesa do próprio sujeito passivo que atua defendendo-se das intervenções estatais a si. A autodefesa é classificada como atividade positiva ou negativa: na primeira o sujeito passivo tem um direito disponível de praticar atos, declarar, submeter-se a intervenções corporais etc.; já na segunda, reflete exatamente a disponibilidade do direito de defesa, podendo negar-se a declarar (direito ao silêncio)[43].

No que tange ao contraditório na fase pré-processual, é importante frisar que não se pode tê-lo de forma plena[44], já que não existe uma relação jurídico-processual com uma estrutura dialética de partes contrapostas, além de não haver o exercício de uma pretensão acusatória[45]. Porém, é necessário que o direito à informação – ramo da estrutura clássica do contraditório – seja observado, para garantir à defesa acesso aos autos do inquérito para que possa efetuar sua estrutura defensiva.

Esse direito à informação abrange a publicidade dos atos procedimentais que, uma vez documentados, rompe com uma das esferas do sigilo do inquérito. Nesse ponto, encara-se o sigilo investigativo em dois campos: um sigilo interno – para sujeitos envolvidos na investigação – que deverá ser parcial; e um sigilo externo – para a população em geral –, que deverá ser total. Em outros termos, para os sujeitos envolvidos na investigação criminal (suspeitos e indiciados) o sigilo só será devido se for imprescindível à realização da diligência[46]. Já para os

43. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 480-481.

44. SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. *Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar*, v. 2, n. 13, 2015.

45. Nesse sentido, Ferrua: "Nella sua accezione tipica il contraddittorio postula una struttura triadica fondata sul rapporto dialettico tra le parti davanti ad un giudice imparziale, come infatti si evince dal seguito della norma. Non è contraddittorio nel senso próprio della parola quello che si esprime nella partecipazione della difesa ad un atto compiuto nell'indagine preliminare dal pubblico ministero (independentemente della circostanza che si tratti di una mera presenza passiva o di una partecipazione attiva)" (FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 100).

46. Nesse sentido: "toda investigação criminal deve, no que tange ao(s) investigado(s), possibilitar toda a publicidade possível, resguardando à dimensão do sigilo apenas o que for indispensável para a realização do ato de investigação, o qual deverá, assim que alcançado seu termo, ser posto à disposição da defesa" (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, 2017. p. 357).

não envolvidos, o sigilo deverá ser total, com o fim de assegurar uma melhor investigação, bem como, sobretudo, para proteger a imagem do investigado e minimizar a sua estigmatização social[47].

Além disso, nessa fase poderão ser praticados importantes *atos probatórios* que não poderão ser reproduzidos em juízo, situações em que deverá haver formalização substancial do contraditório, pois somente a sua presunção de idoneidade não é suficiente à preservação dos direitos e garantias do imputado[48].

Com efeito, a Lei 13.245/2016, que alterou a Lei 8.906/94, ampliou a participação do advogado na fase de investigação, colocando-o em uma situação mais favorável principalmente no direito ao acesso aos autos do inquérito. Outro avanço da referida lei foi na nova redação do art. 7º, XXI, no qual o advogado poderá assistir a seus constituintes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

Dessa forma, como o contraditório é elemento essencial para a formação da prova[49], a ausência do contraditório defensivo na fase de investigação inviabiliza a utilização desses atos na formação da convicção do julgador. Mas, como fica a questão dos atos *não-repetíveis* produzidos na *fase pré-processual*? Há quem

47. Em relação à publicidade externa, "a incongruência situa-se justamente na publicidade extrema, abusiva, mormente a efetivada pela mídia através da divulgação de imagens, nomes completos, endereços, atividades profissionais de meros suspeitos de prática de ilícitos, antecipatória de processos, de condenação e de pena, além da estigmatização. A manipulação da situação – pena, julgamento, encarceramento, algemas etc – passou a servir de matéria fértil a manutenção dos índices de audiência de programas de rádio e televisão, em suma, de fonte de lucro, quiçá pelo sabor do escândalo, de certo movimento de tragédia e de certo emergir reprodutor da miséria humana, soterrada, escondida, entranhada, olvidada" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60).

48. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89-90.

49. Entendemos aqui o contraditório nos mesmos moldes que Gloeckner: como uma técnica de coleta probatória, não se admitindo a sua ponderação ou postergação na formação probatória (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 423).

defenda que nesse caso deverá haver um *contraditório posterior ou diferido*. Porém, "contraditório posterior ou diferido não é contraditório pleno e, não sendo assim, excepciona o *due process of law*"[50]. Em alguns casos – exame de corpo de delito, por exemplo – essas provas devem ser colhidas pelo menos sobre a égide da ampla defesa, na presença do defensor, permitindo-se a este se manifestar e postular outras provas[51].

Entende-se que a mera afirmação de que o contraditório posterior assegura o direito ao contraditório não comporta uma assertiva satisfatória. Assim, "manifestar-se sobre um documento produzido semanas, meses, ou até mesmo anos antes do início da fase processual é tão eficaz quando se medicar meses após a manifestação dos sintomas da doença"[52].

O instituto da *produção antecipada de provas*[53] – a seu turno – se utilizado adequadamente também poderá sanar problemas. Ou seja, jurisdicionalizar a atividade probatória antes do momento processual oportuno (audiência de instrução), por meio do ato perante a autoridade jurisdicional e com a observância do contraditório[54]. É claro que esse incidente de produção antecipada é

50. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 22.

51. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163.

52. SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. *Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar*, v. 2, n. 13, 2015. p. 25.

53. O incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, por meio da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com a plena observância do contraditório e do direito de defesa (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 328).

54. Seguindo essa linha, Barros, para quem: "as provas que forem produzidas antes do processo têm que ser produzidas em contraditório, não se pode esperar o processo penal iniciar para que a ampla defesa do acusado possa ser exercida" (BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29). Trazendo o exemplo espanhol, SCARANCE FERNANDES afirma que a produção antecipada da prova "terá de ser feita de forma contraditória, com a presença do Ministério Público, do defensor e do imputado, exceto quando ainda inexista pessoa apontada como responsável pela prática delituosa" (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 90).

uma medida excepcional que deverá preencher alguns requisitos que a justifique, além de ser praticado com a observância de requisitos[55].

Contudo, na prática, o fato de o inquérito policial ser escrito, apensado aos autos processuais e disponível ao conhecimento do julgador[56], faz com que ele acabe se tornando uma espécie de "arquivo oficial" que agrupa todo o discurso policial, ficando em *stand by* pronto para ser utilizado por quem precisar[57]. Juntamente com a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal[58] está

55. Esses requisitos são: Audiência pública, salvo o segredo justificado; presidido por um órgão jurisdicional; na presença dos sujeitos (futuras partes); com a observância dos mesmos requisitos formais do ato na fase judicial. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 164).

56. Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Segundo Chourk essa seria "a mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal, qual seja, a indevida intromissão da dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional" (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 131).

57. "O ingresso do inquérito policial na fase judicial, autoriza duas consequências, ambas problemáticas desde uma concepção acusatória de processo: a) em primeiro lugar, como corolário indefectível da livre convicção, ao magistrado era facultado julgar tomando-se por base os elementos do inquérito policial. Disso não cabem muitas dúvidas, à medida que tal malabarismo semântico permitiu, inclusive, que nas reformas de 2008, tal circunstância fosse justificada e legalizada, sob a aparência de uma 'evolução' no sentido de proteção das garantias do acusado. O famoso 'cotejo' do inquérito policial com os autos processuais permite, assim, uma condenação baseada no inquérito e que pode ser devidamente 'maquiada' através da adoção, na fundamentação, de trechos, recortes ou quaisquer técnicas de bricolagem na decisão. [...] Contudo, resta ainda a segunda consequência referida como negativa: b) a introdução do inquérito policial no núcleo processual enfraquecerá ou mesmo inviabilizará o exercício do contraditório. E isto por uma razão deveras elementar, compartilhada pelo espírito autoritário de MANZINI: quando se admite que os depoimentos em juízo sejam confrontados com aqueles prestados perante a polícia, a leitura de trechos dos depoimentos, serve para 'refrescar a memória' do depoente, o que significa: reordenar a narrativa, a fim de que ela volte para a história já documentada desde a fase policial; ou ainda, constranger a testemunha a fim de que ela apenas ratifique os elementos integrados à investigação preliminar." (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 421-422).

58. A Lei 11.690/08 modificou diversos artigos que tratavam sobre a formação das provas no processo penal, dentre eles o art. 155: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova* produzida em contraditório judicial, *não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo nosso). Segundo Giacomolli, o legislador de 2008 continuou com tradição do modelo inquisitorial que serviu de base ao processo penal da década de 1940. Ainda segundo o autor, foram potencializados os poderes instrutórios

formado o "combo" que possibilita as maiores arbitrariedades e enganações em relação ao contraditório e à utilização do inquérito na formação da convicção do julgador, afinal, "mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?"[59].

Assim, em análise mais profunda do artigo 155, nota-se que o juiz não poderá fundamentar sua decisão tão-somente no inquérito, porém deixa a possibilidade do magistrado através da "livre apreciação da prova" utilizar, desde que não "exclusivamente", o que foi produzido na fase inquisitória em sua fundamentação da decisão. O que isso significa na realidade é que não existindo prova no processo para sustentar a condenação, abre-se uma brecha[60] para o juiz se valer do que está no inquérito.

Nesses moldes, o inquérito policial acaba por conter funções de diferentes domínios em relação a sua finalidade precípua. No domínio das *funções aparentes*, o inquérito acaba sendo um instrumento para apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, somente tendo valor para o oferecimento ou não da denúncia. Porém, sua finalidade não termina nas funções aparentes, uma vez que a própria estrutura do CPP brasileiro faz com que se retire a partir do inquérito *funções ocultas* ou *não aparentes* ainda mais relevantes na prática[61].

---

do julgador com a nova redação do art. 156, bem como a valorização dos elementos colhidos na fase de investigação sem o contraditório (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 18).

59. LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161. A contaminação gerada pela integração do inquérito policial ou qualquer outra peça produzida sem garantias constitucionais ao processo penal "irradiam efeitos sobre todo o processo penal, com consequências multiplicadoras, acumulativas e retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização" (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5).

60. São nessas microrrelações (brechas, por exemplo) que residem as potências mais perigosas: "cada fascismo se define por um microburaco negro, que vale por si mesmo e comunica com os outros, antes de ressoar num grande buraco negro central generalizado" (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs*: capitalismo e esquizofrenia. Trad. Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: ed. 34, 1996. v. 3. p. 92). Nesse sentido, Augusto Jobim do Amaral percebe uma relação de "microinquisitorialismos" dentro do processo penal, que faz com que haja uma maleabilidade política das provas para adequá-las a determinados interesses. Daí a clareza de "verdades reais" e "evidências" como perigo, colocando qualquer um como juiz e o próprio juiz como justiceiro (AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva:* a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014. p. 482).

61. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 394-395.

Essas funções ocultas do inquérito ligam-se aos argumentos discursivos utilizados pelo julgador na decisão judicial: "busca da verdade" e "livre convicção". Tais argumentos trazem à mostra a função não aparente mais perversa do inquérito policial: a autorização para o juiz formar sua convicção e sua consequente formulação da decisão em torno dos elementos produzidos no inquérito, fulminando assim com o procedimento em contraditório[62].

Essa autorização de utilização do inquérito na valoração probatória faz com que o julgador tenha uma precoce conclusão sobre o caso – muitas vezes advindo de um "conjunto de pequenos indícios" contidos naquela peça inquisitorial – que deveria apenas provir da formação da prova em contraditório, invertendo o ônus probatório ao acusado e tornando a presunção de inocência em uma presunção de culpabilidade.

Portanto, o que se revelou com essa nova redação do art. 155 do CPP foi uma grande maquiagem dentro do sistema processual penal brasileiro, pois é certo que não se autoriza (diretamente) uma busca obsessiva da verdade a todo custo, mas a brecha tomada pelo advérbio "exclusivamente" e a gama de excepcionalidade por ele introduzida empurra-o inevitavelmente para uma zona de mera adequação formal, na qual continuar-se-ão sendo assistidas sentenças que buscarão no inquérito policial os elementos necessários para a condenação[63]. Desse modo, pode-se afirmar que o CPP se incumbiu de construir um sistema que dispensaria o contraditório futuro, ao passo que os elementos que verdadeiramente

62. Gomes Filho lembra que na Itália apesar do último parágrafo do art, 349 do Código de Processo Penal italiano vedar que o juiz tivesse informações advindas da peça policial, na prática esses dados eram incluídos na comunicação escrita e acabavam sendo utilizados na decisão judicial diante de uma concepção muito ampla do princípio do livre convencimento, determinada na praxe dos tribunais (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66).

63. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito:* the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23. Segundo Lopes Jr.: "A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase" (LOPES JR., Aury Lopes. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.162).

importam a uma decisão futura são produzidos na fase de investigação preliminar, que depois são retoricamente legitimados judicialmente, o que Gloeckner chamou de *contraditório deformado*[64].

De tal modo, tem-se o direito de defesa (em sentido amplo) como imprescindível durante toda a persecução penal. Não se pode olvidar, no entanto, que o fato da investigação preliminar não ser o processo propriamente dito, faz com que ocorra um dilema: uma defesa sem limites na fase preliminar pode gerar sério risco a finalidade da investigação[65], mas, por outro lado, a inexistência de defesa nessa fase infringe os mais elementares postulados do processo penal moderno[66].

Isso porque uma investigação em que se reúnem somente elementos de cognição favoráveis à acusação, desprezando os da defesa, seguramente dará origem a um processo viciado, com uma hipertrofia dos argumentos acusatórios e que

64. Segundo o autor, "a tríade 'liberdade das provas, livre convencimento judicial e verdade real' continua sendo adotada em nível doutrinário e jurisprudencial. As reformas não alteraram pontos significativos relativamente a tais questões, mantendo-se exatamente o mesmo núcleo do código de 1941. Em decorrência da intromissão de elementos elaborados na fase de investigação na fase judicial, autorizada a leitura e o confronto com as testemunhas em juízo, tem-se a manutenção de um contraditório deformado. O nível de rechaço ao contraditório pode ser visualizado inclusive nas diversas relativizações sustentadas pelos tribunais à plena aplicação do sistema de exame cruzado, que, quando desrespeitado, se tornou uma modalidade de 'nulidade relativa'" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 465).

65. Um inquérito policial com uma defesa plena e com a possibilidade de grandes debates argumentativos poderá aumentar consideravelmente o tempo dos atos de investigação, transformando-o em processo e invertendo a instrução processual e convertendo o inquérito em um instrumento de cognição plena (quando deveria ser de probabilidade) no qual a transforma na alma do processo, o que reduziria a fase judicial em mera repetição dos atos já praticados – não que atualmente não seja assim (QUEIROZ, David. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 88-89). No mesmo sentido, Sampaio: "trazer o contraditório (pleno) para a instrução preliminar poderia provocar um duplo transtorno: primeiramente, inviabilidade lógica da realização de diligências que demandam, imperiosamente um sigilo em seu curso, em segundo lugar, a presença inequívoca de duas fases de instrução, uma presidida pela Autoridade Policial e outra pelo Magistrado." (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, 2017. p. 357).

66. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

persistirá ao longo de todo o processo[67]. Nesse sentido, pode-se afirmar que o contraditório não foi previsto para surgir com toda a potência na fase de investigação, sua existência deve ser preservada pelo lado negativo, isto é, a garantia do contraditório não se operacionaliza nesse momento da fase preliminar, mas de forma ao restringir ao máximo a utilização desses atos na atividade jurisdicional[68].

Outra tentativa de equilibrar essa balança da investigação é a possibilidade de existir uma investigação oficial por parte da defesa. Essa possibilidade de a defesa também buscar, de forma autônoma, elementos informativos e incorporá-los aos autos do procedimento investigativo possibilitaria o exercício de prerrogativas constitucionais defensivas e tenderia a uma maior garantia da ampla defesa. Por outro lado, seria uma forma de diminuir a discricionariedade da investigação estatal e possibilitar um maior número de hipóteses de autoria e de circunstâncias práticas do delito, permitindo vários direcionamentos da persecução criminal[69].

Nessa ótica, a investigação defensiva seria uma garantia fundamental do imputado em um processo penal acusatório em que as partes têm o protagonismo na produção probatória, ao passo em que constitui instrumento para a concretização dos seus direitos de defesa. Consoante à viabilização da paridade de armas, como de um lado existe a investigação pública com um de seus objetivos o de reunir material probatório para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público, de outro lado, dever-se-ia permitir que a defesa efetuasse atividade investigatória para sustentar sua tese defensiva[70].

---

67. QUEIROZ, David. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do direito, 2017. p. 85.

68. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 124-125.

69. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48. Conforme Gomes Filho "o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 86-87).

70. A Itália reconheceu após sua reforma processual em 1988 que a investigação defensiva é intrínseca a um processo de partes e decorre do direito de defesa e da paridade de armas.

De acordo com Malan[71], existem duas fundamentações para o direito fundamental à investigação defensiva: (a) o direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; e (b) a garantia da paridade de armas.

Porém, ainda se encontra muita resistência a essa prática nos ordenamentos derivados do sistema da Europa continental por sua tradição inquisitorial. Além disso, os dados colhidos pela polícia e pelo Ministério Público (ou até mesmo pelo juiz) são aceitos com maior credibilidade, por ainda existir uma falsa ideia de que, por esses órgãos atuarem vinculados a determinados princípios, como o da legalidade e da imparcialidade, a sua investigação será mais neutra[72].

3. Da efetividade constitucional do direito de defesa na Lei 13.245/2016

A Lei 13.245/2016 trouxe em seu teor dois pontos relacionados as prerrogativas do advogado inseridas no art. 7º da Lei 8.906/94, um primeiro que diz respeito ao acesso aos autos de investigações, e um segundo que trata do direito de participação do advogado no curso da investigação.

O primeiro ponto de que trata a Lei 13.245/2016 diz respeito a importante alteração que importa numa expansão da previsão contida no inciso XIV do art. 7º ao tratar do direito de informação da defesa no curso da investigação que se materializa a partir do acesso aos autos.

Desde 1996 já era uma prerrogativa do advogado ter acesso aos autos de inquérito policial. Tratava-se do direito de "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

Contudo, a resistência arbitrária das autoridades estatais insistia em obstaculizar o conhecimento da investigação, sobretudo nos casos de investigação sigilosa.

Conforme MALAN "a Lei italiana 397, de 07.12.2000, regulamentou a investigação defensiva, inserindo no Estatuto Processual Penal peninsular de 1988 o art. 397-bis (Attività investigativa del difensore) e o Título VI-bis (Investigazioni difensive)." (MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 96, maio-jun. 2012. p. 281).

71. MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 96, maio-jun. 2012. p. 289.

72. FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

O sigilo imposto ao advogado e o impedimento de tomar conhecimento do conteúdo dos fatos investigados e elementos da investigação afastavam qualquer possibilidade de ampla defesa no curso da investigação. A atuação da defesa estaria reduzida a autodefesa (no momento do interrogatório), sem considerar que ela também se encontraria prejudicada já que o investigado não teria conhecimento do conteúdo integral dos fatos apurados.

Somente em agosto de 2004 o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.354 reconheceu o direito do advogado em ter acesso aos autos da investigação. Ainda assim, foi necessário que em 2009 o Supremo Tribunal Federal redigisse a Súmula Vinculante 14[73] prescrevendo expressamente que "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova, que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

A Súmula Vinculante 14 não foi suficientemente capaz de superar a inobservância do respeito às prerrogativas profissionais e consequentemente, o direito de defesa permaneceu prejudicado durante anos de preponderância de um modelo inquisitório de investigação criminal.

Importa considerar que os tempos mudaram e praticamente ao mesmo tempo em que entrou em vigor a Súmula Vinculante 14, o Supremo Tribunal Federal também passou a admitir a investigação criminal realizada pelo Ministério Público (RE 593.727/MG)[74]. Alterou-se, portanto, o posicionamento anteriormente exarado no RHC 81.326/DF de 2003[75], mostrando-se assim cada vez mais

73. SAAD, Marta. Controle da Polícia no Brasil. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 303.

74. O Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 593.727/MG, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* 08.09.2015). Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697]. Acesso em: 05.05.2019

75. STRECK, Lênio Luiz. FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de janeiro: Forense, 2006. p. 48.

consolidado também com a rejeição da PEC 37 que buscava tornar, novamente, a investigação como ato privativo das polícias judiciárias[76].

Diante de todas essas particularidades, a previsão do art. 7º, inciso XIV com a redação original da Lei 8.906/94 ainda que somada a Súmula Vinculante 14 não eram suficientes à se contraporem aos excessos das novas formas de investigação, sobretudo por que o art. 7º tratava apenas do acesso ao inquérito policial, do mesmo modo que a Súmula se refere apenas ao procedimento investigatório na polícia judiciária, não alcançando, assim – ao menos em tese –, as investigações dirigidas pelo Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Além disso, outros problemas ainda mostravam a insuficiência do dispositivo legal e sumular vigentes, tais como: (i) no caso de investigações que se encontravam conclusas com a autoridade que presidia a investigação; (ii) a possibilidade de que investigações de natureza não criminal (por exemplo, inquérito civil) fossem futuramente utilizadas para o ajuizamento de uma ação penal; bem como (iii) a ausência de responsabilização da autoridade que de forma ilegal impedisse o acesso integral aos autos por advogado.

Por sua vez, a redação atual trazida pela Lei 13.245/2016 ao art. 7º, inciso XIV, prevê o direito de

> "examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital."

O direito de informação foi substancialmente reforçado, já que o acesso aos autos da investigação será franqueado não somente nas repartições policiais, mas também expandindo-se para permitir o acesso a investigações conduzidas pelo Ministério Público, pelo COAF, Receita Federal ou qualquer outro órgão do poder público independentemente da natureza da investigação (criminal, administrativa, tributária ou qualquer outra)[77], mantendo a limitação do acesso somente aos atos já documentos (art. 7º, § 11º) com o fim de evitar prejuízo ao resultado fim de diligências em andamento.

Além disso, o § 12º do art. 7º da Lei 8.906/94 também introduzido pela Lei 13.245/16 prevê a responsabilização por abuso de autoridade àquela autoridade

76. PRADO, Geraldo. A investigação pelo Ministério Público. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 315-316.

77. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93.

responsável pela investigação no caso de fornecimento incompleto dos autos ou fornecimento dos autos em que houve a retirada de peças já incluídas na investigação. Essa previsão deve garantir que a defesa tenha acesso a todos os atos colhidos no curso da investigação[78].

É prerrogativa do advogado examinar os autos da investigação no momento em que for necessário ao exercício do direito de defesa, de modo que o art. 7º, inciso XIV, viabiliza o acesso aos autos inclusive quando estejam conclusos com a autoridade responsável pela investigação, o que sinaliza o impedimento da praxe de sujeitar o advogado a requerer mediante petição, análise e autorização ao acesso dos autos investigativos.

Inconvenientemente o Supremo Tribunal Federal mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.245/16 parece não ter entendido a *ratio legis* dessa nova previsão. Na Reclamação 25.012 de Relatoria do Min. Edson Fachin, entendeu-se que a pendência de realização de diligência sigilosa permitiria a indisponibilidade temporária do acesso aos autos[79].

Obviamente, não seria franqueado acesso aos atos relacionados a diligência em andamento para o advogado. Isso está previsto no § 11º do art. 7º da Lei 8.906/94. Todavia, não impediria que fosse permitido acesso aos atos já documentados, evidenciando que a negativa da prerrogativa de acesso aos autos nestes casos visava afetar diretamente o exercício do direito de defesa em revelia aos comandos da Lei 13.245/16.

O segundo e mais relevante ponto trazido pela Lei 13.245/16 representa uma importante inovação no cenário da investigação criminal brasileira, já que o art. 7º ganha um novo inciso de número XXI. Trata-se da previsão da prerrogativa do advogado em

> "assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos."

78. A título de exemplo, o mesmo ocorre na Alemanha. Ao investigado e seu advogado se dá o direito de acesso aos elementos de cargo e de descargo (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000. p. 153-154 e 330.

79. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 25.012 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 27.03.2017.

Antes dessa previsão legal a doutrina e os tribunais brasileiros reforçavam o caráter inquisitório da fase preliminar determinado pela ausência de contraditório e ampla defesa. Isso porque, a mera previsão que já existia na redação autoritária do art. 14 do Código de Processo Penal não era suficiente para que se efetivasse o direito de defesa durante a investigação, já que sua previsão se limita a mesquinha possibilidade de solicitar diligências a autoridade policial, podendo o responsável pela investigação realiza-las ou não de acordo com sua "discricionariedade" administrativa[80].

Sabe-se que o efetivo contraditório como estruturação dialética entre os contraditores[81] não se faz presente na fase preliminar, "seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento"[82]. De tal sorte que para Lopes Jr. e Gloeckner, nessa fase não existe uma relação jurídico-processual, pois não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo[83].

Contudo, não se pode dizer que não haja "diversas manifestações da possibilidade de contraditório na investigação criminal, na perspectiva de poder acompanhar a prática de atos investigatórios"[84]. Atualmente, acompanhar atos de investigação não fica mais sujeito ao critério da autoridade policial, tendo em vista que o art. 7º, inciso XXI, da Lei 8.906/94 com redação dada pela Lei 13.245/2016, além de ser norma mais benéfica ao investigado, é também norma mais recente.

O próprio acesso aos autos agora devidamente previsto no art. 7º, inciso XIV representa a manifestação do direito de informação, que constitui o primeiro momento do contraditório[85]. Aliás, Fazzalari reconhece que também nos processos

80. VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 358-359.

81. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120/122.

82. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 9). p. 223.

83. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 468.

84. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89.

85. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 478.

administrativos, como é o caso da investigação criminal brasileira, "o iter de formação do provimento se desenvolva em contraditório"[86].

Tal como já demonstrado, essa consideração possui ainda maior valor no ordenamento jurídico brasileiro em que a investigação criminal afetará diretamente a prova penal (art. 155 do CPP). Assim, para o desenvolvimento do processo, os contraditores se permutam e comunicam em iniciativas e produções[87] para que as atividades desenvolvidas na fase preliminar possam ser utilizadas no curso do processo.

Não se trata de um contraditório pleno, aliás são graves desvios trazidos pela existência do contraditório efetivo já neste momento. Conforme Choukr, a investigação preliminar tornar-se-ia um mecanismo a mais de inchaço e uma deformidade no já combalido sistema pré-processual[88].

Contudo, acredita-se que a efetivação do direito de defesa na fase de investigação é um dos passos necessários para uma investigação criminal mais democrática. Em um ordenamento jurídico que não se adota um sistema paliativo de exclusão da investigação preliminar, efetivar a presença da defesa em toda persecução penal desde a fase de investigação é uma das medidas capazes de proporcionar a superação da falaciosa sistemática bifásica do processo penal.

Não se trata de modelo ideal, mas na busca por uma redução de danos, evidentemente que com tal medida se caminha ao lado da "acusatoriedade" como característica democrática do sistema processual penal. Desta forma, os elementos informativos utilizáveis na formação do convencimento do julgador pela manipulação semântica do art. 155 do CPP, terão sua colheita e produção não mais à revelia da defesa. Do contrário, pessoas continuarão sendo condenados com base na "prova" inquisitorialmente produzida[89].

Portanto, a supressão da participação do advogado em qualquer ato de investigação prejudica a validade do ato. Nas palavras de Lopes Jr. "há expressa previsão legal de 'nulidade absoluta', caso o advogado seja impedido de assistir seu cliente investigado. Segundo o autor, existem nulidades no inquérito e estas contaminam o processo judicial[90].

86. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 727.
87. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 732.
88. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 128.
89. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 163.
90. LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 176.

Do mesmo modo, Gloeckner aponta para a mudança de paradigma trazida pela Lei 13.245/16, ao reconhecer expressamente a nulidade absoluta diante da falta de assistência de advogado. O autor explica que a previsão é correta e harmônica ao art. 155 do CPP cuja manipulação semântica permite que a sentença seja fundamentada em ato da investigação preliminar. Dessa forma, "a extensibilidade jurisdicional torna passível de controle de validade aquele ato praticado em investigação preliminar e cujo ingresso no processo, por acompanhar a denúncia, jurisdicionaliza-se"[91].

Em conclusão, a correta observância e cumprimento do art. 7º, inciso XXI da Lei 8.906/94 impõe que a defesa seja comunicada e se permita sua participação em todos os atos de investigação, salvo no caso de métodos ocultos de investigação (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.).

A nova previsão legal não limita o direito do advogado apenas a acompanhar seu cliente investigado em interrogatórios, pois sua redação permite ao advogado "assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações", ou seja, durante toda fase de investigação e não apenas no interrogatório. Desse modo, é prerrogativa do advogado se fazer presente também no depoimento das testemunhas e na oitiva da vítima, em eventuais periciais, na reconstituição do fato e em qualquer outro ato de investigação, podendo inclusive fazer perguntas e apresentar quesitos.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal insiste em chancelar a violação de prerrogativas profissionais, com isso perpetua a inefetividade do direito de defesa no curso da investigação. A título de exemplo, é lícito trazer à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da desnecessidade de intimação da defesa do investigado para tomada de depoimentos orais no curso do inquérito policial, de forma que – segundo a Suprema Corte – a ausência desta não acarretará nulidade[92].

Ora, a não concretização no âmbito jurisprudencial de consequências processuais em razão do descumprimento das prerrogativas previstas na Lei 13.245/16, sobretudo no que diz respeito a validade da "prova" colhida, implica na necessidade imediata da aprovação do PL 8347/2017. Pronto para pauta no Plenário da Câmara dos Deputados, o projeto prevê a tipificação da violação de direitos e prerrogativas advocatícios, tal como a inobservância ao art. 7º, inciso XXI da Lei 8.906.94[93].

91. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 421 e 424 e 427.

92. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet. 7.612, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 21.03.2019.

93. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=-1590197&filename=PL+8347/2017]. Acesso em: 09.05.2019.

4. Da aplicabilidade prática das prerrogativas previstas na Lei 13.245/2016

É necessário, por fim, sistematizar a aplicabilidade da Lei 13.245/2016 evitando que argumentos de insuficiência material e pessoal sejam utilizados para sua inobservância.

4.1. Do direito de acesso aos autos da investigação (art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906.94)

Ao comparecer no órgão responsável pela investigação para que se possibilite o acesso ao caderno investigatório será suficiente que o advogado se identifique apresentando sua carteira profissional (art. 3º da Lei 8.906.94), cuja autenticidade pode ser confirmada através do Cadastro Nacional de Advogados que possui acesso via eletrônica (art. 24 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB).

Não será necessário, portanto, a juntada de procuração e tampouco sua apresentação em observância ao § 10º do art. 7º, salvo nos casos em que houver segredo de justiça decretado por juiz.

É importante registrar que o estagiário inscrito na OAB, ainda que isoladamente (desacompanhado de advogado), também poderá ter acesso aos autos, considerando que o art. 29, § 1º, inciso I, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB permite que o mesmo faça carga dos autos o que consequentemente lhe permite a conduta menos abrangente de ter simples acesso aos autos (quem pode mais, pode menos). Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo ainda permite a prática de qualquer ato extrajudicial ao estagiário munido de autorização ou substabelecimento do advogado.

Não será permitida a retirada dos cadernos de investigação pelo advogado, mas será possibilitada a tomada de apontamento e obtenção de cópias por meio físico e digital, ou seja, o advogado poderá fazer uso de *scanner* portátil e nos casos que a investigação possua cópia digitalizada deverá lhe ser enviada cópia por e-mail ou permitida gravação em *pen drive*.

Aliás, recentemente o art. 7º, da Lei 8.906.94 ganhou o § 13, inserido pela Lei 13.793/2019, no qual fica claro que a previsão do art. 7º, inciso XIV, também se aplica aos procedimentos eletrônicos.

Nenhuma justificativa será plausível para impedir que o advogado tenha imediato acesso aos autos de investigação, isso porque a previsão legal não dispõe que o acesso dependerá de autorização da autoridade responsável pela investigação

e ainda determina que o acesso será possível mesmo nos casos em que o caderno investigatório se encontre conclusos ou findos (arquivados).

Por fim, o advogado terá direito a ter acesso a todos elementos da investigação, excetuando-se as diligências em andamento (§ 11 do art. 7º), e a retirada de qualquer do caderno investigatório ou a não inclusão de ato já realizado no caderno de investigação com o intuito de prejudicar o direito de defesa configuram o crime e abuso de autoridade (§ 12 do art. 7º).

4.2. Do direito de assistir seus clientes investigados (art. 7º, inciso XXI, da Lei 8.906.94)

O direito do advogado assistir seus clientes investigados compreende a possibilidade de que o advogado se faça presente e acompanhe não somente o interrogatório de seu cliente investigado como também os demais atos de investigação tais como, o depoimento de testemunhas, a oitiva da vítima, eventual reconstituição simulada dos fatos e a produção de qualquer outra "prova" que não esteja sujeita ao regime dos métodos ocultos de investigação.

Estando presente e participando do ato, o advogado poderá fazer perguntas e apresentar quesitos e, neste ponto por ausência de previsão legal deve ser observada a redação atual do Art. 212 do CPP que aboliu o sistema presidencialista e adotou o método acusatório (*cross-examinattion*) em que as partes, por intermédio de seus advogados, formulam suas perguntas diretamente as testemunhas e a vítima. Do mesmo modo, a ausência de previsão também impõe que em caso de perícias seja permitida a indicação de assistente técnico para seu acompanhamento na forma do art. 158, § 3º, do CPP.

Tal como já foi afirmado, nos casos em que seja cerceado o direito de o advogado assistir seus clientes investigados, a consequência será a nulidade absoluta do ato e de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. Exemplificadamente, não sendo possibilitado que o advogado acompanhe o depoimento de uma testemunha, se dos fatos apurados em seu depoimento decorre a oitiva de outra testemunha ou qualquer outra diligência (por exemplo, uma perícia) esses atos subsequentes também serão viciados e contaminados pela nulidade absoluta.

Aqueles que não puderem ser assistidos por advogado em razão de sua hipossuficiência deverão ter oportunizados a assistência de Defensor Público ou assistência judiciária gratuita.

Por derradeiro, para que o advogado se faça presente e acompanhe os demais atos que não exigem a participação e/ou a presença do seu constituinte,

será necessário que se promova sua intimação. Contudo, é sabido que as polícias judiciárias e Ministério Público em muitos locais do país não possuem suporte pessoal para efetivação de intimações dos advogados, além do que o conjunto de diligências realizadas no curso da investigação pode inviabilizar tal procedimento. Porém, nada impede que a comunicação seja efetivada por qualquer outro meio disponível, e certificada nos autos da investigação.

A efetiva comunicação faz prevalecer o direito público e subjetivo do advogado em comparecer ou não ao ato. A intimação para comparecer ao ato investigativo impõe ao advogado a assunção de riscos perante o resultado do ato, de igual modo que retira da autoridade investigativa a carga de incorrer em eventual nulidade.

Considerações finais

De todo o exposto, ficou evidenciado o alto grau de importância que deve ser dado à defesa das prerrogativas para o exercício desassombrado da advocacia. Principalmente por ter, o advogado, o mister da defesa de direitos essenciais. Não por outro motivo é que tais prerrogativas se constituem, a partir da Carta Magna, direito constitucional subjetivo do Advogado, pois se restou patente, aos olhos do Constituinte, a sua fundamental importância para a boa administração da justiça.

Notou-se que as prerrogativas dos advogados, em nada se assemelham a meros privilégios de castas, mas sim ao necessário nivelamento da relação dialética que por vezes possuem como protagonistas, o Estado, de um lado e, o cidadão, de outro.

Evidente que na fase pré-processual a defesa é uma atividade limitada, entretanto se configura direito fundamental do indivíduo. A autorização legal, trazida pela Lei 13.245/2016, fortaleceu o avanço constitucional e democrático de princípios e garantias inerentes ao Estado de Direito. Nesse contexto, Sannini Neto[94] afirma que, em que pese as discussões acerca da possibilidade do exercício do contraditório ou não em sede de investigações, a fase preliminar investigatória para além de direito individual do sujeito, é obstáculo a ser superado pelo Estado, sendo somente possível ingressar na fase processual, após o cumprimento rigoroso da fase pré-processual.

O autor assevera que a investigação preliminar é direito fundamental do indivíduo e a alteração trazida pela Lei 13.245/2016 representa um avanço e um reforço para os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa dentro

94. SANNINI NETO, Francisco. Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal?. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,* Porto Alegre, v. 16, n. 96, fev.-mar. 2016. p. 5.

da investigação criminal. Ademais, salienta que ainda assim o procedimento investigatório não perderá sua essência inquisitorial e sigilosa, vez que a atuação defensiva em fase de inquérito, não compromete a sua eficácia.

Frisou-se, posto que oportuno, que com o vigor da Lei em comento, a investigação preliminar não passa a ter uma defesa e um contraditório pleno, sob pena de ocorrer uma patologia processual. Se assim fosse, o inquérito tomar-se-ia forma de processo – processo é todo procedimento desenvolvido em contraditório nos termos de Fazzalari.

O legislador ainda destacou que em se tratando de apuração de infração na qual seja impedido, o Advogado, de acompanhar seu cliente, ter-se-á como absolutamente nulo, o interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, inclusive, no curso da respectiva apuração.

Há que se ressaltar a expertise do legislador em modificar a redação anterior que limitava o exame dos procedimentos em qualquer repartição policial, para qualquer instituição responsável por conduzir investigação. Deste modo, abrangendo além das repartições policiais, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, as Comissões Parlamentares de Inquéritos, dentre outras.

Segundo Moreira e Rosa[95] a redação atual possibilita uma abrangência maior para as prerrogativas dos advogados. Anteriormente o acesso dos advogados restringia-se apenas aos autos de prisão em flagrante e inquéritos policiais. Após a Lei 13.245/2016, as prerrogativas dos advogados alcançam qualquer procedimento investigatório, "ainda que não seja de natureza criminal (administrativo, disciplinar ou civil, por exemplo), incluindo-se, evidentemente, o Inquérito Civil (art. 129, III, da Constituição da República)".

As autoridades que negarem acesso ao Advogado dos procedimentos de investigação, já encadernados e documentados, que não comprometam a eficácia investigativa, incorrerão no tipo penal descrito pela Lei 4.898/65, sem prejuízo, evidentemente, das infrações administrativas, disciplinares e danos morais[96].

Ademais, o Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 14 deixou claro seu entendimento acerca da matéria trazida à baila pela Lei 13.245, em que o

95. MOREIRA, Romulo de Andrade e ROSA, Alexandre Morais da. *Lei Nova 13.245/16*: saiba quando, onde e como o advogado deve ter vista da investigação preliminar. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/lei-nova-13-24516-saiba-quando-onde-e-como-o-advogado-deve-ter-vista-da-investigacao-preliminar-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/]. Acesso em: 10.09.2016.

96. Idem.

defensor tem o direito, no interesse do representado, de ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa[97].

Entretanto, importante frisar que da inovação legislativa não surgiu a obrigatoriedade da presença do advogado nas investigações preliminares, contudo deu amplitude ao causídico em atuação que interesse a seus clientes quando no curso destas investigações.

Estabeleceu-se, em definitivo, ao advogado a prerrogativa de assessorar seu cliente em interrogatórios, depoimentos, declarações etc., restando nulos os atos que decorreram a partir do cerceamento de prerrogativas do defensor[98].

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva:* a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal.* 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal.* Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

97. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um do envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte" (HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 29.08.2006, *DJ* 06.10.2006).

98. SANNINI NETO, Francisco. Op. cit., p. 6.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASARA, Rubens R. R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. v. 1.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito:* the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs*: capitalismo e esquizofrenia. Trad. Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: ed. 34, 1996. v. 3.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Considerações sobre as prerrogativas do advogado. *Revista Jurídica da Universidade de Franca,* Franca, v. 8, n. 15, p. 35-54, 2. sem. 2005.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Na defesa das prerrogativas do advogado*. Brasília: OAB Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo pena*. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, ano 20, n. 237, p. 9-10, 2012.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. v. I.

MINAGÉ, Thiago M., BERTI, Marcio. A relação entre violação das prerrogativas no exercício da advocacia e o desrespeito aos direitos individuais. In: GOTINSKI, Aline. Et al. *Democracia em crise*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018.

MINAGÉ, Thiago M., BERTI, Marcio. A relação entre violação das prerrogativas no exercício da advocacia e o desrespeito aos direitos individuais. In: GOTINSKI, Aline. Et al. *Democracia em crise*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018.

MOREIRA, Romulo de Andrade; ROSA, Alexandre Morais da. Lei Nova 13.245/16: saiba quando, onde e como o advogado deve ter vista da investigação preliminar. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/lei-nova-13-24516-saiba-quando-onde-e-como-o-advogado-deve-ter-vista-da-investigacao-preliminar-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/]. Acesso em: 10.09.2016.

MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 4, p. 110-125, out.-dez. 1993 (revista eletrônica).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Coragem:* a advocacia criminal nos anos de chumbo. Câmara dos Deputados. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2014.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

PRADO, Geraldo. A investigação pelo Ministério Público. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

QUEIROZ, David. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2000.

SAAD, Marta. Controle da Polícia no Brasil. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. *Crise no processo penal contemporâneo:* escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 9).

SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. *Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar*, v. 2, n. 13, 2015.

SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 134, p. 351-383, 2017.

SANNINI NETO, Francisco. Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal?. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 96, p. 38-49, fev.-mar. 2016.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição.* A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial, de Eujecio Coutrim Lima Filho – *RBCCrim* 126/161-180 (DTR\2016\24551);
- Profanando o dispositivo "inquérito policial" e seu ritual de produção de verdades, de André Rocha Sampaio – *RBCCrim* 134/351-383 (DTR\2017\2539); e
- Valorização da advocacia: direitos e prerrogativas do advogado, de Elias Farah – *RIASP* 21/94-126 (DTR\2008\111).

O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas

Attorney-clients privilege in the scope of corporations: a study of the particular position of in-house, compliance and internal investigations lawyers

Túlio Felippe Xavier Januário

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (2018), com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na *Georg-August-Universität Göttingen*. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela *Universidad de Castilla-La Mancha* (2019). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2017). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho (UNESP) – Campus de Franca (2015). Advogado.
tuliofxj@gmail.com

Recebido em: 01.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do autor: 17.06.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O questionamento que pretende-se solucionar com o presente trabalho diz respeito à possibilidade de extensão da garantia de confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, na qual inserimos o dever de sigilo, o *attorney-clients privilege* e o *work-product protection*, às novas configurações da profissão advocatícia, nomeadamente, aos *in-house lawyers* e aos advogados de *compliance* e de investigações internas. Conforme demonstraremos, muito embora o sigilo profissional seja amplamente reconhecido e protegido em vários ordenamentos

Abstract: The aim of the present essay is to answer the question related to the possibility of extending the guarantee of confidentiality of communications between lawyers and clients, including the duty of secrecy, the attorney-clients privilege and the work-product protection, to the new scopes of the advocacy, namely, the in-house, compliance and internal investigations lawyers. As we will demonstrate, although professional secrecy is widely recognized and protected in various legal systems, the activities mentioned above, even if accomplished

Januário, Túlio Felippe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 159. ano 27. p. 297-339. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

jurídicos, as atividades supracitadas, ainda que realizadas por advogados inscritos nas respectivas ordens profissionais, possuem particularidades que tornam controvertida a questão em comento. Sustentaremos, porém, que, com exceção dos países que expressamente façam essa diferenciação, não há razões para um tratamento distinto entre advogados internos e externos, nem sequer o vínculo laboral daqueles para com seu cliente. Proporemos um critério funcional para a identificação dos casos protegidos pelas garantias em análise, que pressupõe a inscrição na Ordem dos Advogados, e afere a espécie de atividade exercida pelo profissional no caso concreto. A partir desse critério, defenderemos a possibilidade de extensão não apenas aos *in-house lawyers*, mas também aos advogados de *compliance* e de investigações internas, a depender da concreta ocupação deles no caso.

Palavras-chave: Advogado interno – *Compliance* – Investigações internas – Sigilo profissional – Proteção do material de trabalho.

by lawyers registered in the respective professional orders, have peculiarities that make this issue very controversial. We will argue, however, that with the exception of countries that expressly make this discrimination, there is no reason for a different treatment between internal and external lawyers, nor even their employment relationship with their client. We will propose a functional criterion for the identification of the cases protected by the guarantees analyzed here, which presupposes enrollment in the bar association, and evaluates the kind of activity carried out by the professional in the specific case. From this method, we will defend the possibility of extension not only to in-house lawyers, but also to compliance and internal investigations lawyers, depending on their actual occupation in the case.

Keywords: In-house lawyer – Compliance – Internal investigations – Attorney-client privilege – Work-product protection.

Sumário: Introdução. 1. Dever de sigilo do advogado, *attorney-client privilege* e *work-product protection.* 2. Novas conformações da atuação do advogado: *in-house lawyer*, advogado de *compliance* e responsável por investigações internas. 3. O sigilo profissional do *in-house lawyer* segundo a jurisprudência da União Europeia. 4. Da concreta atividade exercida pelo advogado como parâmetro de aplicação da confidencialidade. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A partir dos fenômenos da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico, atrelados à globalização econômica e comunicacional[1], observamos, no

1. Conforme explica Jesús María Silva Sánchez, a globalização econômica pode ser caracterizada pela eliminação das restrições às transações comerciais e pela ampliação dos mercados. De maneira correlata e atendendo à demanda pelos cortes nos custos das transações, a globalização das comunicações surge como uma consequência das inovações técnicas e da necessidade de maior rapidez nesses procedimentos (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. ampl. Montevideo: B de F, 2011. p. 88-89).

século XX e início do século XXI, o avanço de grandes sociedades empresárias nos mais diversos setores, as tornando verdadeiras protagonistas da economia mundial.

Por outro lado, o fato de as companhias serem cada vez maiores e atuantes em setores de duvidosa certeza científica, faz com que essas se encontrem muitas vezes no limiar da legalidade, mostrando-se necessária uma constante atenção a fim de prevenir práticas ou omissões que levem à responsabilização das mesmas.

Nesse sentido, tornou-se cada vez mais frequente a "interiorização" para o cerne da empresa de atividades jurídicas mediante a criação de departamentos especializados para tanto, integrados por advogados devidamente inscritos na entidade de classe, porém vinculados à pessoa jurídica por meio de um contrato de trabalho – os chamados *in-house lawyers*, ou advogados de empresa. Entre suas funções, para além de algumas típicas da advocacia, tais como a representação jurídica em juízo, esses profissionais passaram, em alguns casos, a realizar atividades no âmbito dos programas de *compliance,* tais como o mapeamento e gerenciamento de riscos, e a condução de investigações internas para a apuração de irregularidades.

A partir do exposto, pretende-se, com o presente trabalho, analisar se as comunicações, documentos e informações derivadas da atuação profissional dos advogados de empresa – *in-house lawyers* – e dos responsáveis pelas atividades do programa de *compliance*, entre as quais a condução de investigações internas, encontram-se protegidas pela confidencialidade, na qual inserimos não apenas o dever de sigilo por parte do advogado, mas também o *attorney-client privilege* e a *work-product protection,* os quais, conforme será demonstrado, possuem diferentes âmbitos de tutela.

Para tanto, inicialmente serão estabelecidos os limites objetivos e subjetivos de cada uma dessas garantias, por meio de um breve estudo sobre suas origens, conceitos e previsões legais nos ordenamentos jurídicos brasileiro e comparado, bem como dos entendimentos jurisprudenciais a respeito da temática, com especial enfoque na legislação brasileira e em sistemas jurídicos nos quais, em razão da matéria relacionada à responsabilidade penal das pessoas jurídicas e dos programas de *compliance* estar mais consolidada, também o está o presente assunto, como é o caso de Portugal e da Espanha.

Muito embora uma incipiente e apressada solução poderia ser a da irrestrita extensão dessa proteção, conforme será demonstrado no segundo tópico, a atuação dos advogados de empresa e de *compliance* possui cada qual particularidades inerentes às suas atividades, as quais tornam a resolução dessa problemática

muito mais dificultosa e menos unânime, tal como se observará nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Dessa feita, após um estudo das principais propostas doutrinárias para a solução da questão, pretende-se demonstrar que para efeitos legais, e salvo expressas exceções em alguns ordenamentos jurídicos, deve ser considerado advogado aquele que esteja devidamente inscrito na sua entidade de classe, não havendo restrições de garantias para aqueles que se encontrem vinculados a uma empresa por um contrato de trabalho. Não deve haver, assim, limitações de direitos para esses profissionais, entre os quais os inerentes à confidencialidade das comunicações, desde que esses estejam no exercício de uma atividade privativa da advocacia. Propor-se-á, assim, um critério funcional para a identificação dos casos protegidos pela garantia em comento.

1. Dever de sigilo do advogado, *attorney-client privilege* e *work-product protection*

Verdadeiro "traço comum unificador da advocacia no mundo", o sigilo profissional tem como escopo a proteção de interesses e direitos essenciais, tais como a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes, especialmente no que toca ao seu bom nome e reputação e à reserva de sua vida privada, sendo todos eles constitucionalmente consagrados nos mais diversos ordenamentos jurídicos[2].

Cumpre esclarecer, porém, que, embora sejam muitas vezes tratados como sinônimos, os termos "segredo" e "sigilo" possuem significados diferentes. Enquanto o primeiro diz respeito à própria informação confidencial, ou seja, o fato ou dado da realidade que pretende que seja ocultado, o "sigilo" é a forma ou modo pelo qual esse segredo é protegido. Por essa razão, mostra-se mais acertada a utilização do termo "sigilo profissional" em detrimento de "segredo profissional", uma vez que ele é o instrumento de proteção das informações das quais tomam conhecimento os profissionais na posição de confidentes necessários[3].

2. SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 176.
3. SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 73, p. 107-155, jul./ago. 2008. p. 112-113.

E conforme explicam Bajo Fernández e Gómez-Jara Díez, o que se protege são as comunicações, materiais ou documentos e não os fatos por si só, que podem ser por outras formas descobertos[4].

Mostra-se necessária, ainda, a diferenciação entre o privilégio das comunicações entre advogado e cliente – *attorney-client privilege* – e o dever de sigilo do advogado, uma vez que possuem âmbitos de proteção distintos. Segundo lecionam Gómez-Jara Díez e Bajo Fernández, enquanto esse último proíbe os advogados de divulgarem informações recebidas na seara do patrocínio de seu cliente, o primeiro seria um privilégio da própria pessoa legalmente patrocinada. Em outras palavras, o cliente tem o direito à confidencialidade das comunicações, podendo dele renunciar, enquanto que o advogado tem a obrigação de resguardar o sigilo profissional, sendo absolutamente proibido de revelar as informações e entregar documentações protegidas[5].

Assim sendo, de acordo com o *attorney-client privilege,* as comunicações entre o advogado e o cliente são confidenciais, estando protegidas contra os requerimentos das autoridades estatais ou entes privados, de maneira que, sua obtenção não consentida pelo interessado, faz com que a prova obtida padeça de ilicitude[6].

Paralelamente, e em especial no ordenamento jurídico dos EUA, fala-se também na *work-product protection,* que visa à proteção do material preparatório para a defesa da empresa em determinado litígio em face de seus adversários[7]. Essa garantia sobre o produto do trabalho assume especial relevância no âmbito empresarial, uma vez que as pessoas jurídicas têm progressivamente se utilizado de investigações internas a fim de averiguar ilegalidades no seu âmbito organizativo, das quais, muitas vezes, o encarregado é um *in-house lawyer.* Nessas investigações, são realizadas entrevistas, coletados documentos e formuladas conclusões

4. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*: adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 334-335.
5. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 329-330.
6. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 333.
7. ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *attorney-client privilege* da *common law* na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 225.

e recomendações para os diretores e membros do Conselho de Administração. Segundo a *work-product protection,* os materiais e considerações produzidos pelos advogados no âmbito dessas investigações estarão protegidos quando esses procedimentos tenham sido desenvolvidos fora do curso normal das atividades negociais da empresa[8].

Observa-se, assim, que, muito embora alguns deles ainda sejam de recente ou pouca abordagem concreta nos ordenamentos jurídicos continentais, tais como a *work-product protection,* existem, ao menos, três instrumentos que visam a concretizar a tutela da confidencialidade das informações, comunicações e documentos obtidos no âmbito da relação entre advogados e seus clientes[9].

No âmbito comunitário europeu, o sigilo profissional encontra previsão no Código de Deontologia da Advocacia Europeia, que, em seu ponto 2.3.1, o destaca como um elemento crucial para o livre exercício da advocacia, sendo um direito e um dever fundamental dos advogados[10].

Seguindo essa linha, em Portugal, o sigilo profissional encontra guarida não apenas na Constituição da República, ainda que não expressamente, em seu

8. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 335.

9. Nesse sentido, Bajo Fernández e Gómez-Jara Díez também entendem que o *attorney--client privilege* tampouco fora objeto de tratamento exaustivo pela doutrina e jurisprudência espanholas, que se ativeram ao sigilo profissional (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 329). Nos Estados Unidos, conforme explica Ackel, o privilégio em comento é consagrado e confere proteção às comunicações confidenciais entre os advogados e seus clientes, impedindo que essas sejam divulgadas a terceiros (ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *attorney-client privilege* da *common law* na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 225).

10. "2.3 – Segredo profissional. 2.3 – 1 – É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado. A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, essa obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado" (ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESES. CONSELHO GERAL. *Código de deontologia dos advogados europeus*. Disponível em: [portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/legislacao-internacional/codigo-de-deontologia-dos-advogados-europeus/]. Acesso em: 13.04.2019).

artigo 208º[11], mas também no Estatuto da Ordem dos Advogados[12], fundando-se, conforme leciona Filipe Santos, não somente numa dimensão interindividual e contratual, mas também, institucional, de ordem pública. Contudo, explica o autor que ele não é um valor absoluto, encontrando exceções que o relativizam em face de interesses supostamente prevalentes, tais como a previsão contida no artigo 135º do Código de Processo Penal Português[13], que viabiliza a quebra do segredo quando o depoimento se mostrar imprescindível para a descoberta da verdade, bem como após ponderação a respeito da gravidade do delito e da necessidade de tutela do bem jurídico em questão[14].

11. "Artigo 208.º Patrocínio forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça" (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: [www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx]. Acesso em: 13.04.2019).
12. "Artigo 92.º Segredo profissional. 1 – O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente: a) A factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste; b) A factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados; c) A factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração; d) A factos comunicados por coautor, corréu ou cointeressado do seu constituinte ou pelo respetivo representante; e) A factos de que a parte contrária do cliente ou respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio; f) A factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo" (PORTUGAL. *Lei nº 145/2015* de 9 de setembro: Estatuto da Ordem dos Advogados. Disponível em: [www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=128]. Acesso em: 09.04.2019).
13. "Artigo 135º. Segredo profissional. [...] 3 – O tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que essa se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento" (PORTUGAL. *DL n.º 78/87*, de 17 de fevereiro: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 09.04.2019).
14. SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES,

Ainda assim há que se destacar que a violação do sigilo profissional é tipificada pelos artigos 195º e 196º do Código Penal[15], que prevê penas de prisão de até um ano ou multa de até 240 dias para quem, tendo tomado conhecimento de segredo em razão de seu ofício ou profissão, revelar ou se aproveitar do mesmo, sem o consentimento da vítima.

Na Espanha, por sua vez, a Constituição dispõe que a lei regulará os casos em que, por razão de sigilo profissional, a parte não necessitará depor sobre fatos presumidamente delitivos[16]. A partir disso, a Lei Orgânica do Poder Judicial foi expressa ao prever o dever, por parte dos advogados, de guardarem sigilo sobre todos os fatos ou notícias aos quais tenham acesso em razão de qualquer uma das modalidades de sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a sobre eles depor[17].

Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 176-177.

15. "Artigo 195.º Violação de segredo. Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. Artigo 196.º Aproveitamento indevido de segredo. Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias" (PORTUGAL. *DL n.º 48/95*, de 15 de Março: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 13.04.2019).

16. "Artículo 24 [...]. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos" (ESPAÑA. *Constitución Española*: Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978: Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978: Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Disponível em: [www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf]. Acesso em: 30.03.2019).

17. "Artículo 542. [...]3. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos" (ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666]. Acesso em: 30.03.2019).

No mesmo sentido, os artigos 31.2 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola[18] e o artigo 5º do Código Deontológico da Advocacia Espanhola[19-20] também

18. "Artículo 32 [...]. 1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos" (ESPAÑA. *Real Decreto 658, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*. Ministerio de Justicia. *"BOE"* núm.. 164, de 10 de julio de 2001. Disponível em: [www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-13270-consolidado.pdf]. Acesso em: 07.04.2019).

19. "Artículo 5º. Secreto profesional 1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. 3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo. 4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional. 5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo. 6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional. 7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo. 8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo" (ABOCACIA ESPAÑOLA. CONSEJO GENERAL. *Código deontológico*: Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio: Aprobado en el Pleno de 27.IX.2002 Y Modificado en el Pleno de 10.XII.2002. Disponível em: [www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf]. Acesso em: 31.03.2019).

20. Resta evidenciada, conforme destaca García de Molina, a fragmentariedade que atinge a regulamentação da matéria, diante das inúmeras normas que a regulamentam (GARCÍA

regulamentam o direito-dever em comento. Esse último, inclusive, o fundamenta na confiança e confidencialidade das relações entre advogados e clientes, que são ínsitas ao direito dos patrocinados de não terem sua intimidade e seu direito a não autoinculpação violados.

Explica García Molina que o sigilo profissional tem uma dupla vertente: por um lado, exime o advogado da necessidade de denunciar fatos dos quais tome conhecimento em razão das explicações de seus clientes[21]; por outro, também o exime do dever de testemunhar sobre aqueles que lhes tenham sido confiados na qualidade de defensor[22-23]. Muito embora se trate de um direito inviolável, Gimeno Beviá pontua a exceção trazida pela Lei Orgânica Geral Penitenciária, na qual, para os casos de terrorismo, é prevista a possibilidade de interceptação telefônica das comunicações entre os presos e seus advogados, mediante prévia autorização judicial[24-25].

MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018. p. 5).

21. "Artículo 263. La obligación impuesta en el párrafo primero del art. anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio" (ESPAÑA. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20150922]. Acesso em: 31.03.2019).
22. "Artículo 416. Están dispensados de la obligación de declarar: [...] 2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor" (ESPAÑA. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20150922]. Acesso em: 31.03.2019).
23. GARCÍA MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018. p. 5.
24. "Artículo cincuenta y uno. [...] Dos. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo" (ESPAÑA. Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *"BOE"* núm.. 239, de 5 de octubre de 1979, última modificación: 1 de julio de 2003. Disponível em: [www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23708-consolidado.pdf]. Acesso em: 16.04.2019).
25. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 141.

Determina também a normativa deontológica espanhola que não apenas o advogado deve guardar o sigilo profissional, como também o deve fiscalizar e fazê-lo ser respeitado por sua equipe e colaboradores, uma vez que esse dever é extensível a todos os demais membros do escritório, permanecendo mesmo que após a cessação da prestação de serviços[26-27].

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, Miguel Reale Jr. define o sigilo profissional do advogado, seja ele interno ou externo, como o ponto central das normas deontológicas e legais que regulam a profissão[28]. Citando Bielsa, explica que mais do que um direito, esse é um dever para com os clientes, a sociedade e as autoridades[29].

No mesmo sentido, Marco Antônio de Barros defende que a sua preservação decorre do rigoroso dever ético, moral e legal aos quais está submetido o advogado, especialmente na área criminal, onde há a expressa garantia da ampla defesa do Acusado. Assim, o patrono da causa deve se submeter não apenas ao sigilo do que lhe for transmitido verbalmente, mas também de documentos, anotações, cartas e tudo o mais ao que tiver acesso em razão de seu ofício[30].

Indo mais além, Antônio Scarance Fernandes encara o instituto em comento como um direito absoluto, não podendo ser violado para fins de prova penal e

26. "Artículo 5.- Secreto professional. [...] 5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo. 6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional. 7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo" (ABOCACIA ESPAÑOLA. CONSEJO GENERAL. *Código deontológico*: Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio: Aprobado en el Pleno de 27.IX.2002 Y Modificado en el Pleno de 10.XII.2002. Disponível em: [www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf]. Acesso em: 31.03.2019).
27. Nesse sentido: GARCÍA MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018. p. 6.
28. REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 104, jul. 2009. p. 79.
29. BIELSA apud REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 104, jul. 2009. p. 79.
30. BARROS, Marco Antonio de. Sigilo profissional: reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Justitia,* São Paulo, v. 58, n. 175, jul./set. 1996. p. 26.

muito menos ser o profissional constrangido a revelá-lo. Trata-se de uma garantia pautada na relação de confidência que é basilar para o exercício da atividade[31].

Observa-se que, no Brasil, o sigilo profissional é uma das concretizações da garantia fundamental da tutela da intimidade, preceituada pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal[32]-[33]. A sua proteção se dá em duas frentes, quais sejam, a individual, impedindo que o profissional se torne um delator em potencial, e a coletiva, referente à confiança que a sociedade deposita na regularidade do exercício de algumas profissões, tal como a de advogado[34].

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil trata do sigilo em seu "Capítulo VII", impondo seu resguardo, salvo casos excepcionais que configurem justa causa[35], tais como ameaça ao direito à vida e à honra, ou que envolvam defesa própria[36]. Segundo essa Normativa, os advogados têm o dever de guardar sigilo a respeito dos fatos que tomaram conhecimento no exercício da profissão, independendo de solicitação de reserva por parte do

31. FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo e a prova criminal. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 4, jan./jun. 2006. p. 157.

32. "Art. 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

33. Nesse sentido, cfr.: BARROS, Marco Antonio de. Sigilo profissional: reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Justitia,* São Paulo, v. 58, n. 175, jul./set. 1996. p. 19.

34. CESCA, Brenno Gimenes; ORZARI, Octavio Augusto da Silva. Prova penal e segredo profissional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 111, jan./dez. 2016. p. 557-558.

35. "Justa causa significa, nesse contexto, dever legal, exercício de direito ou necessidade, essa advinda da imperatividade do exercício da autodefesa ou de direitos similares, caso a revelação do segredo seja imprescindível para proteger o advogado ou terceiros de acusações infundadas, por exemplo" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* Sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+-contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019).

36. "Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria" (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução n. 02/2015*: aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diário Oficial da União, 04.11.2015. Seção 1. p. 77. Disponível em: [www.oab.org.br/]. Acesso em: 30.03.2019).

cliente, presumindo-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre eles[37].

Conforme explicam Bottini e Estellita, os "fatos" supramencionados devem ser interpretados de maneira abrangente, incluindo não apenas aqueles conhecidos no âmbito de uma atuação contenciosa, mas também de qualquer atividade típica da advocacia, tais como a assessoria, consultoria e direção jurídicas, bem como a realização de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas[38].

Cumpre destacar, ainda, a expressa previsão do artigo 7º, II, da Lei 8.906/94, que assegura a inviolabilidade[39] do escritório ou local de trabalho, dos instrumentos, da correspondência escrita, eletrônica, telefônica ou telemática, realizadas no exercício das atividades advocatícias[40]. Esse dispositivo garante que as comunicações entre advogados e clientes, sejam elas mediante telefonemas,

37. "Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independendo de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente" (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução n. 02/2015*: aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diário Oficial da União, 04.11.2015. Seção 1. p. 77. Disponível em: [www.oab.org.br/]. Acesso em: 30.03.2019).

38. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

39. Conforme destacam Bottini e Estellita, a inviolabilidade é mais ampla do que o dever de sigilo, uma vez que aquela não apenas é referente à pessoa que recebe a informação e não pode divulgá-la, mas também é uma proteção perante terceiros, tais como as autoridades públicas, que não podem acessar os documentos que estejam em posse ou sejam direcionados ao advogado (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019).

40. "Art. 7º São direitos do advogado: [...] II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia" (BRASIL. *Lei 8.906, de 4 de julho de 1994*: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm]. Acesso em: 30.03.2019).

correspondências, e-mails, mensagens eletrônicas ou até mesmo conversas em redes sociais, são invioláveis[41].

A norma em comento dispõe também, no mesmo sentido que o inciso XIX do artigo 7º do Estatuto da Advocacia[42], a respeito da não obrigatoriedade do advogado de depor em procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos cujo respeito deva guardar sigilo profissional[43]. Indo mais além, mesmo que não mencionando expressamente a atividade advocatícia, o próprio Código de Processo Penal Brasileiro proíbe, em seu artigo 207, o depoimento de pessoas que, em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, ressalvados os casos em que, desobrigadas pela parte interessada, optem por fazê-lo[44-45]. Aliás, o ordenamento jurídico brasileiro tipifica como crime, no artigo

41. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

42. "Art. 7º São direitos do advogado: [...] XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional". (BRASIL. *Lei 8.906, de 4 de julho de 1994*: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm]. Acesso em: 30.03.2019).

43. "Art. 38. O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional" (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução 02/2015*: aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diário Oficial da União, 04.11.2015. Seção 1. p. 77. Disponível em: [www.oab.org.br/]. Acesso em: 30.03.2019).

44. "Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 30.03.2019.

45. Importante destacar, assim, que, ainda que liberados do dever de sigilo por seus clientes, têm, os advogados, o direito de não depor. Conforme salienta Guilherme de Souza Nucci, trata-se de medida salutar, uma vez que essa liberação, em alguns casos, é meramente formal, fomentada por autoridades policias ou judiciárias que pretendem fazer prova contra o cliente, sendo que esse, temeroso de parecer culpado, concorda com o depoimento do advogado (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 563).

154 do Código Penal, a violação de segredo profissional, prevendo para tanto as penas de três meses a um ano, ou multa[46].

Observa-se, assim, que o sigilo profissional, uma vez sendo uma garantia não apenas para a boa realização dos trabalhos por parte do advogado, mas também para a própria efetivação da ampla defesa do Acusado[47], é expressamente previsto e assegurado pelos ordenamentos jurídicos aqui analisados, sendo um instrumento essencial para certificar que o profissional tenha acesso a todas as informações, documentos e dados fornecidos pelos clientes, sem ter receio de ser obrigado a fornecê-los para entidades de controle ou revelá-los já no escopo de um processo criminal[48].

Contudo, conforme será demonstrado *a posteriori,* pende de pacificação doutrinária e jurisprudencial a possibilidade de aplicação dessas garantias nos casos em que os advogados atuam de maneira vinculada a uma empresa mediante um contrato de trabalho, bem como quando exercem atividades que não se atêm à clássica representação do cliente perante juízo.

2. Novas conformações da atuação do advogado: *in-house lawyer*, advogado de *compliance* e responsável por investigações internas

Segundo Filipe Santos, até a primeira metade do século XX, a forma comum de trabalho dos advogados era em regime liberal, de maneira isolada e autônoma. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, atendendo à necessidade de especialização sentida pelos clientes, alguns desses profissionais passaram a se organizar em sociedades de advogados, atuando de maneira hierarquizada e assumindo diversas funções dentro da estrutura do escritório, tais como de sócios, associados e estagiários, exercendo suas atividades de maneira conjunta[49].

---

46. "Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação" (BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm]. Acesso em: 30.03.2019).

47. GOMES, Márcio Schlee. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas. *Revista de concorrência e regulação,* n. 10, ano III, abr./jun. 2012. p. 179.

48. GOMES, Márcio Schlee. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas. *Revista de concorrência e regulação,* n. 10, ano III, abr./jun. 2012. p. 179.

49. SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES,

Contudo, impulsionadas por fenômenos como o da globalização, industrialização e "empresarialização" da economia, que levaram a uma maior complexidade da regulação em diversas matérias, algumas empresas, seguindo o caminho da precursora *Standard Oil Company*[50], passaram a recrutar advogados para atuar dentro da própria pessoa jurídica, em período integral, dando origem aos chamados *in-house lawyers*[51].

Os advogados internos são conceituados como aqueles que trabalham sob uma relação de dependência laboral para com determinada empresa, podendo ser assim considerados unicamente os que efetivamente atuam como advogados, e não aqueles que se inserem em departamentos jurídicos cuja única função é a distribuição de tarefas para os profissionais externos[52].

Entre suas características, a primeira que possibilita a distinção para com os advogados externos é portanto, a existência de um vínculo laboral, a partir do qual o procurador passa a ter como seu cliente unicamente[53] a entidade empre-

---

Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal.* Coimbra: Almedina, 2018. p. 179.

50. Conforme artigo publicado pela *European Company Lawyers Association,* o desenvolvimento de departamentos jurídicos nas corporações se deu de maneira quase simultânea nos Estados Unidos e na Europa. No primeiro caso, no final do século XIX, mais precisamente em 1882, a *Standard Oil* inaugurou seu setor jurídico, sendo acompanhado por companhias dos setores ferroviário, securitário e de utilidades públicas. Na Europa, por sua vez, a legislação alemã previu a possibilidade de admissão no órgão de classe, de advogados permanentemente empregados em uma corporação, já em 1878 (EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. *About ECLA*: a European Lawyers' History: Celebrating 30 years of ECLA. Brussels: 2013. p. 3. Disponível em: [ecla.online/downloads/]. Acesso em: 09.04.2019).

51. SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal.* Coimbra: Almedina, 2018. p. 179.

52. GOBBI, Marcelo. Abogacía interna en la argentina. Reflexiones a partir de una sentencia Europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires,* t. 75, n. 1, julio 2015. p. 59.

53. Registre-se, porém, que, sob a perspectiva do ordenamento jurídico português, o exercício da advocacia *in-house* pressupõe a posição da empresa como única cliente do advogado, mas não impõe necessariamente uma relação de emprego exclusiva, devendo, para tanto, a chamada "cláusula de exclusividade acessória" constar expressa no contrato de trabalho e só será admissível quando visar a reforçar a proteção do direito de concorrência ou outros interesses do empregador, segundo critérios de adequação e

gadora. Suas funções, via de regra, vão muito além da intermediação para com os eventuais profissionais externos, se dedicando à defesa dos interesses da empresa em procedimentos contenciosos ou pré-contenciosos, bem como a consultorias relacionadas aos deveres estatutários e aos programas de cumprimento (*compliance*), especialmente no que toca às atividades de gerenciamento de riscos[54].

Observa-se que as atividades realizadas no âmbito dos programas de *compliance*[55], via de regra, contam com a participação de advogados, sejam eles membros do próprio departamento jurídico da empresa, sejam integrantes de uma banca externa contratada justamente para tais encargos. Isso se dá justamente pelo fato de que esses mecanismos, para que sejam eficazes nas suas funções, devem englobar alguns procedimentos cuja condução depende de conhecimentos jurídicos, tais como o gerenciamento de riscos e a realização de investigações internas[56].

---

proporcionalidade. A partir dela, "o trabalhador se vincula a não aceitar outros trabalhos ou exercer outras atividades para terceiros, remuneradas ou não, ou a levar a cabo negócios por conta própria, em contrapartida de recebimento de compensação" (SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 184).

54. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 181.

55. Os programas de *compliance* podem ser conceituados como uma ferramenta empresarial de autorregulação e autofiscalização. Os seus propósitos imediatos são a promoção de uma cultura de cumprimento normativo e a efetivação de condutas éticas na execução das atividades negociais, bem como a prevenção, investigação e repressão de práticas ilícitas na pessoa jurídica em questão. Mediatamente, seus objetivos são a manutenção e perpetuação do nome empresarial, a agregação de valor à companhia e seu resguardo de eventuais responsabilizações administrativas, cíveis, trabalhistas, penais, entre outras (JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo*: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 54-55).

56. Segundo Ulrich Sieber, muito embora os programas de *compliance* possam variar de empresa para empresa, especialmente em razão dos diferentes riscos aos quais estão submetidas, é possível identificar alguns elementos estruturais dos mesmos, que são: "– Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores; – Fundamentación

Conforme destaca Garcia Cavero, uma vez que os programas de cumprimento devem ser compatíveis com a complexidade e magnitude da companhia, há casos em que deve ser designada uma pessoa exclusivamente encarregada dessas funções, ou até mesmo ser criado um inteiro departamento para tanto, enquanto, em outros, as tarefas de supervisão do funcionamento do programa pode ser designada a algum funcionário já integrante do quadro da empresa, tal como um membro da diretoria, um auditor interno ou um advogado[57].

Na fase de implantação dos programas, é ideal que sejam averiguados os riscos aos quais a concreta pessoa jurídica está submetida, tendo-se em vista suas particularidades, ramo de atuação, porte e base territorial[58]. Esse procedimento é conhecido como "gerenciamento de riscos", e no âmbito de um programa de *compliance* criminal, visa a identificar riscos de condutas penalmente desvaliosas[59].

---

de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de cumplimiento), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa; – Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, canal de denuncias para la recepción de denuncias anónimas, determinación del procedimiento a emplear en los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de compliance así como eventualmente a las dependencias del Estado) y el destino que debe darse a los resultados de las investigaciones (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de compliance; – Participación de auditores y controles externos en relación con elementos determinados del programa de compliance y la evaluación externa del programa; – Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos; – Creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas" (SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 75).

57. GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 39.
58. VERÍSSIMO, Carla. *Compliance*: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 279.
59. JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo*: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 62.

Posteriormente, devem ser definidas as políticas empresariais, padrões de conduta e procedimentos a serem adotados em determinadas situações específicas, os quais devem todos constar expressamente em um código de ética e de conduta[60]. Essa normativa interna, muito embora seja variável de acordo com as particularidades de cada companhia, costuma contar com normas relacionadas à transparência e à governança, propor os estandartes de atuação dos empregados, dispor sobre os âmbitos de responsabilidade, inclusive dos administradores e da direção, definir regras de integridade na contabilidade e dos dados financeiros e assumir compromissos diante da comunidade e aos clientes[61].

Outro procedimento que costuma contar com a participação de advogados, sejam eles internos ou externos, são as investigações privadas eventualmente conduzidas em determinada empresa. Elas visam ao esclarecimento de fatos que podem ocasionar a responsabilização da pessoa jurídica ou de seus órgãos de representação[62]. Conforme explica Engelhart, ao ter-se notícia de uma eventual infração, seja ela penal, administrativa ou do código de ética, a pessoa jurídica tem o ônus de averiguar os fatos, mediante a avaliação de documentos, arquivos, e-mails corporativos, análise de gravações telefônicas e imagens de vídeo, entre outros[63]. Além disso, podem ser realizadas entrevistas com os membros da empresa, a fim de melhor esclarecer as circunstâncias do ocorrido.

Nesse sentido, explica Anna Carolina Canestraro que, diante da notícia de uma eventual conduta criminosa, a empresa buscará não apenas verificar a veracidade das informações por todos os elementos que tem a sua disposição, mas também dar um retorno aos seus acionistas e demais interessados, bem como definir eventuais estratégias de defesa, se for o caso[64].

---

60. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79.
61. BAKER, Mark B. Private codes of corporate conduct: should the fox guard the henhouse? *The University of Miami Inter-American Law Review,* v. 24, n. 3, 1993. p. 415.
62. SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 246.
63. ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und compliance*: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutchland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 756-757.
64. CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. 2018. Dissertação (Mestrado

Observa-se que, no exercício das funções de *compliance*, em especial, na condução de investigações internas, o advogado tem contato com inúmeras informações que podem levar à eventual responsabilização da pessoa jurídica, de seus diretores e administradores ou de seus funcionários, sendo porém, esses dados, essenciais para a definição da estratégia defensiva da empresa e, consequentemente, para a preparação de sua defesa.

Questiona-se dessa forma se estaria esse material protegido pelas garantias e privilégios já aqui analisados, quais sejam, o dever de sigilo do advogado, o *attorney-client privilege* e o *work-product privilege*, uma vez que estamos diante de funções não tradicionais da advocacia, mas que com certeza têm muita relevância na concretização da ampla defesa da pessoa jurídica.

Conforme será analisado no tópico subsequente, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, alguns tribunais já se manifestaram a respeito da intricada posição do *in-house lawyer* no que toca à eventual extensão dessas garantias ao mesmo. Com relação aos membros do departamento de *compliance*, porém, a questão ainda é bastante obscura.

3. O sigilo profissional do *in-house lawyer* segundo a jurisprudência da União Europeia

A presente problemática tem especial relevância diante da hodierna tendência denunciada por Bottini e Estellita, de questionamento do sigilo profissional, não apenas o identificando com um injustificado privilégio da categoria dos advogados, mas mais ainda como um facilitador da impunidade e um obstáculo à persecução criminal. Conforme explicam os autores, essa corrente, partindo de uma estratégia repressiva de isolamento do delinquente, busca cerceá-lo de suas relações com aqueles que poderiam facilitar a prática de ilícitos ou impedir sua punição, entre os quais o advogado, que, em algumas situações, passaria a ser obrigado a comunicar os fatos típicos dos quais tome conhecimento, facilitar o acesso aos seus documentos e arquivos e autorizar interceptações telefônicas nas quais são discutidas as estratégias de defesa[65].

---

em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 61. Disponível em: [hdl.handle.net/10316/85811]. Acesso em: 01.05.2019.

65. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, destaca Luana Paschoal, a situação paradoxal em que passou a se encontrar o advogado criminalista após aprovação da Lei 12.683/2012[66], uma vez que, se por um lado o casuístico não pode revelar os fatos que tomou conhecimento em função de seu ofício, sob pena inclusive de responsabilização criminal, por outro, passou a ser ameaçado com a possibilidade de também ser responsabilizado, caso não comunique às autoridades competentes, as operações suspeitas de seus clientes[67].

Segundo Pablo García Molina, o sigilo profissional também se encontra em risco no ordenamento jurídico espanhol, diante de sua vulneração em casos de advogados internos de empresas, de titulares de ações envolvendo lavagem de dinheiro e também quando o próprio patrono é alvo de diligencias de investigação, especialmente tecnológicas, em face das modificações inseridas na LECrim pela *Ley Organica 13/2015, de 13 de Octubre*[68].

Salienta-se que a confidencialidade das comunicações entre o advogado e o cliente, aqui englobando o dever de sigilo profissional, o *attorney-client privilege* e a *work-product protection,* é ainda mais controversa nos casos de *in-house lawyers* e de advogados atuantes nas atividades de *compliance*. Isso porque é inegável o maior nível de dificuldade na investigação e persecução de condutas ilícitas cometidas no cerne de uma grande corporação, diante de sua organização complexa e estruturada em diversos setores, cada qual com seus âmbitos específicos de responsabilidades. Dessa forma, a possibilidade de acesso às comunicações e documentos coletados pelos advogados internos e pelo departamento de *compliance* seria, de fato, de grande valia para a formação do acervo probatório da Acusação.

Nesse sentido, identifica Ana María Neira Pena dois possíveis fundamentos de caráter utilitarista, para a restrição do sigilo profissional no que toca aos advogados internos: primeiramente, a grande dificuldade de diferenciação entre as

66. Cfr.: BRASIL. *Lei 12.683, de 9 de julho de 2012*: altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm]. Acesso em: 22.04.2019).

67. PASCHOAL, Luana. Advocacia em risco: perigo para a ampla defesa. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, jan./jun. 2012. p. 343.

68. Cfr.: ESPAÑA. *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.* Disponível em: [www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725]. Acesso em: 31.03.2019.

atividades jurídicas e as empresariais dos *in-house lawyers*. Em segundo lugar, o temor de que, com uma interpretação ampla do sigilo para esses profissionais, eles passem a ser utilizados como "escudos" para dificultar a persecução penal da empresa e o acesso a fontes de prova que permitam responsabilizar os autores individuais dos fatos, uma vez que aqueles atuam em contato direto com diversos setores da empresa, e em especial com aqueles mais sensíveis a práticas ilícitas[69].

Por outro lado, há que se ter em vista que uma interpretação restritiva dificultaria em demasia o exercício da ampla defesa por parte da companhia e de seus membros, que, ao se consultarem com os advogados da empresa, poderiam ter suas comunicações reveladas aos órgãos de controle.

Questiona-se, assim, os limites da proteção das comunicações entre clientes e advogados, bem como dos materiais por ele produzidos, quando esses profissionais estejam vinculados com a empresa patrocinada mediante um contrato de trabalho, bem como quando exerçam atividades relacionadas aos programas de *compliance*.

Segundo Márcio Schlee Gomes, mesmo em países nos quais há previsão legal sobre a matéria do sigilo profissional, tais como Brasil, Portugal e Espanha, a sua extensão aos *in-house lawyers* é questão polêmica e dependente do conceito atribuído ao "advogado", o qual, por regra, é caracterizado como um profissional liberal, independente, não assalariado e não subordinado a uma empresa[70].

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem um posicionamento bastante restritivo no tema. Em 1982, houve apreciação do caso *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities (Case 155/79)*, no qual a companhia britânica, com base no sigilo profissional do advogado, requereu a anulação da Decisão da Comissão Europeia 79/760, que a tinha obrigado a apresentar documentos que estavam em posse do advogado interno, para a realização de inspeção relacionada a infrações ao direito de concorrência[71-72].

Na oportunidade, o Tribunal considerou que, embora de maneira geral os Estados-membros da União Europeia protejam o sigilo de correspondência entre os

69. NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 211.

70. GOMES, Márcio Schlee. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas. *Revista de concorrência e regulação,* n. 10, ano III, abr./jun. 2012. p. 176.

71. EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of 18 May 1982*. – AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities: Legal privilege: Case 155/79. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155]. Acesso em: 22.04.2019.

72. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 193-194.

advogados e seus clientes, há variações quanto ao seu alcance e seus critérios[73]. Assim, em alguns ordenamentos, o fundamento da proteção seria a própria profissão do advogado, enquanto que, em outros, seria o direito de defesa do cliente. Considerou, porém, a Corte, que os requisitos comuns e que deveriam ser adotados naquela decisão, seriam os de que (I) se tratasse de correspondência elaborada em razão e no interesse do direito de defesa do cliente; e (II) que fosse uma comunicação com advogado independente, habilitado a exercer a profissão em algum dos Estados-membros e não vinculado ao cliente por relação laboral[74]. Dessa forma, excluiu-se da proteção os *in-house lawyers*, por entender que os mesmos não preenchiam o requisito específico da "independência"[75].

Posteriormente, em 2007, a matéria novamente fora objeto de apreciação, dessa vez no caso *Asko Nobel Chemicals and Ackros Chemicals v. Commision*. Ele se originou de uma atividade de fiscalização da Comissão Europeia, que apreendeu alguns documentos os quais estariam supostamente protegidos pela confidencialidade entre advogado e cliente. Seriam eles (I) um memorando elaborado pelo Diretor-geral da Akros para um de seus superiores, que conteria informações compiladas no decurso de discussões internas com funcionários, e que visavam ao aconselhamento jurídico externo no âmbito de um programa de *compliance* concorrencial; (II) um documento com notas manuscritas do diretor supracitado, utilizado para a preparação do memorando; (III) e-mails trocados entre o Diretor-geral e o coordenador de direito concorrencial da Akzo Nobel, que era um advogado inscrito na Ordem holandesa, e membro do departamento jurídico da empresa[76-77].

---

73. Para Luís Romão e Alexandre Mestre, muito embora haja algumas diferenças entre os Estados-membros no que toca à forma de proteção desse direito, essas traduzem muito mais uma diversidade nos métodos de atingir a sua tutela, do que no seu alcance propriamente dito, uma vez que a generalidade das ordens jurídicas admite a proteção das comunicações entre clientes e advogados (ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional (parte I). *Revista de concorrência e regulação,* Coimbra, n. 25, ano VII, jan./mar. 2016. p. 73-74).

74. EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of 18 May 1982*. – AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities: Legal privilege: Case 155/79. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155]. Acesso em: 22.04.2019.

75. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 195.

76. EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of First Instance (First Chamber, extended composition) of 17 September 2007*. Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v Commission of the European Communities:

    Competition: Administrative procedure: Commission's powers of investigation: Documents seized in the course of an investigation: Legal professional privilege protecting

A Corte Europeia entendeu que, no caso, não havia violação de igualdade de tratamento entre advogados externos e internos, uma vez que esses últimos, em razão de sua dependência econômica e relação empregatícia, ocupariam uma posição substancialmente diferente. Fundamentou, ainda, no sentido de não haver unanimidade entre os Estados-membros da União Europeia, sobre a proteção da confidencialidade da correspondência entre empresas e seus assessores jurídicos internos, ainda que sejam advogados habilitados. Por fim, defendeu que o posicionamento ora adotado não violaria o direito de defesa da pessoa jurídica, uma vez que nem em todos os ordenamentos europeus haveria a possibilidade de patrocínio da mesma, perante os tribunais, por um advogado interno[78-79].

Nesse sentido, por exemplo, o ordenamento jurídico alemão proíbe expressamente a realização de defesa técnica criminal perante tribunais, por parte do advogado interno da empresa, conforme consta do artigo 46 do *Bundesrechtsanwaltsordnung*[80-81]. Segundo Oliver Sahan, a defesa administrativa, ainda que não expressamente proibida, não é aconselhável diante da jurisprudência a respeito[82].

---

communications between lawyers and their clients: Admissibility. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003TJ0125]. Acesso em: 22.04.2019.

77 ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional (parte I). *Revista de concorrência e regulação,* Coimbra, n. 25, ano VII, jan./mar. 2016. p. 90.

78. EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of First Instance*. Op. cit.

79. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 199-201.

80. "§ 46c Besondere Vorschriften für Syndikusrechtsanwälte. [...] In Straf- oder Bußgeldverfahren, die sich gegen den Arbeitgeber oder dessen Mitarbeiter richten, dürfen Syndikusrechtsanwälte nicht als deren Verteidiger oder Vertreter tätig werden; dies gilt, wenn Gegenstand des Straf- oder Bußgeldverfahrens ein unternehmensbezogener Tatvorwurf ist, auch in Bezug auf eine Tätigkeit als Rechtsanwalt im Sinne des § 4" (Em processos criminais ou de multas dirigidos contra o empregador ou seus empregados, os advogados empregados da empresa não podem atuar como advogados de defesa ou representante; isso se aplica quando a matéria do processo for uma acusação comercial, ainda que preenchidos os requisitos do artigo 4º") [Tradução livre do autor] (BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. BUNDESÄMT FÜR JUSTIZ. *Bundesrechtsanwaltsordnung*. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/brao/index.html#BJNR005650959BJNE005504311]. Acesso em: 03.03.2019).

81. Cfr.: MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels. *Interne Untersuchungen*: Praxisleitfaden für Unternehmen. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 156.

82. Sobre as divergências doutrinárias a respeito da extensão ou não dos direitos dos advogados externos aos *in-house* lawyers, conferir: MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels.

Dessa forma, essas atividades, segundo o autor, deveriam se restringir aos advogados externos[83-84].

Com entendimento semelhante ao proferido pelo Tribunal, Romão e Mestre rechaçam a equiparação entre advogados internos e externos, para fins de resguardo do direito à confidencialidade das comunicações para com seus clientes. Segundo os autores, os *in-house lawyers* atuam, via de regra, em caráter consultivo, empregando tempo muito diminuto na preparação da defesa das companhias e, quando o fazem, não tiveram liberdade de escolha ou recusa do cliente. Sustentam, ainda, que esses profissionais atuam em diversas frentes no cerne da pessoa jurídica, não se limitando ao setor jurídico, mas exercendo funções tais como a de secretário-geral, membro do conselho de administração, entre outras. Assim, se mostraria dificultosa a delimitação da fronteira entre o aconselhamento jurídico e o comercial, criando uma indesejável "zona cinzenta" muito ampla[85].

Defendem, ainda, os autores que os advogados internos seriam mais "voláteis" às eventuais pressões para violar deveres éticos ou legais, uma vez que dependeriam financeira e profissionalmente de seus empregadores. Não haveria, também, em grande parte dos países, regulamentação expressa referente à obrigação de dispensa dos *in-house lawyers* que atuem de maneira antiética, enquanto que, em face dos advogados externos, haveria normas deontológicas e disciplinares que poderiam, inclusive, conduzir à expulsão ou suspensão do profissional. Finalmente, entendem que o advogado interno não poderia ser visto

Interne Untersuchungen: Praxisleitfaden für Unternehmen. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 158-159.

83. SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 256.

84. Destaca Moosmayer que, muito embora com a aprovação da nova legislação, a situação jurídica do *in-house lawyer* tenha melhorado significantemente na Alemanha, ainda pendem dúvidas no que tange à equiparação dos direitos e garantias dos advogados externos, aos mesmos. Nesse sentido, observa que, apesar de os advogados empregados, uma vez que são advogados nos termos da lei, terem o dever de sigilo, não lhes foi assegurado o direito de recusar-se a depor e tampouco seus arquivos estão protegidos de apreensão (MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels. *Interne Untersuchungen*: Praxisleitfaden für Unternehmen. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 158).

85. ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito... Op. cit., p. 96.

como um "terceiro" em face de sua entidade empregadora, se confundido, pelo contrário, com a própria empresa, o que traria prejuízos à sua independência[86].

Ressalvadas essas opiniões em contrário, fato é que as referidas decisões foram amplamente questionadas pela doutrina europeia. Ivó Coca Vila, por exemplo, discorda frontalmente do posicionamento do Tribunal. Inicialmente, entende o autor que os advogados internos não estão menos sujeitos às proibições de não intervir em atividades ilegais, ocultar informações ou obstruir a justiça. Além disso, o fato de o mesmo ser empregado, e não autônomo, não o torna menos independente, uma vez que, no caso do advogado externo, esse pode ser facilmente substituído caso não coadune com os posicionamentos e atitudes de seus clientes. Sustenta, ainda, que a relação laboral é totalmente compatível com os direitos e deveres previstos para os advogados, não havendo quaisquer justificativas para limitações no que toca aos *in-house lawyers*[87].

Além disso, há que se destacar a evidente contradição apontada pelo autor, no fato de as legislações incentivarem, por um lado, a adoção de mecanismos de prevenção de delitos e de assessoramento interno – tal como os *compliance programs* – e por outro, desampararem os advogados internos de seus direitos, dos quais a eficácia desses mecanismos é diretamente dependente, já que a violação do sigilo das comunicações ocasionaria uma quebra da confiança dos membros da empresa em seu próprio procurador[88].

No mesmo sentido, Filipe Santos sustenta que as discussões relacionadas à independência do profissional jurídico interno se pautam, normalmente, no binômio "independência econômica" e "independência funcional". Explica o autor que, se por um lado, uma vez sendo autônomo, o consultor externo poderá se beneficiar de uma maior liberdade funcional, por outro, o *in-house lawyer* poderá estar em uma posição de maior independência econômica em face de seu cliente, uma vez que esse, sob regime de contrato de trabalho, não tem seus proventos proporcionalmente dependentes de um "prolongamento" do litígio, e tampouco necessita da angariação de novos clientes[89].

86. ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito... Op. cit., p. 97.

87. COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 304-305.

88. COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado... Op. cit., p. 305.

89. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 183.

Aliás, para o autor, a acolhida da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia não parece ser possível em países como Portugal, nos quais não há qualquer tipo de diferenciação legal no que tange aos direitos e garantias dos advogados externos e internos, estando esses últimos sujeitos aos mesmos deveres que aqueles, desde que devidamente inscritos na ordem dos advogados, devendo aquela jurisprudência se restringir a procedimentos comunitários[90].

Tanto é assim que o Tribunal de Comércio de Lisboa, em decisão de 16.01.2008, considerou protegido o sigilo profissional dos consultores jurídicos que laboram no cerne de uma empresa, em face de inspeções da Autoridade da Concorrência, uma vez que o Estatuto da Ordem dos Advogados não daria margem para qualquer discriminação entre profissionais internos e externos[91]. Essa proteção, conforme explica Filipe Santos, se estenderia automaticamente aos documentos que estejam no gabinete, ou, caso esse não possua, no de sua secretária ou local onde possua domínio exclusivo[92].

Também no ordenamento jurídico espanhol, há entendimentos de que a sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia somente deve afetar os casos que envolvam investigações comunitárias no âmbito concorrencial, devendo prevalecer o ordenamento jurídico de cada um dos Estados-membros até que estes sejam harmonizados. Assim sendo, uma vez que na Espanha não há qualquer distinção legal entre advogados internos e externos, devem prevalecer suas normas processuais em face da referida decisão[93].

Para Gimeno Beviá, a eventual adoção desse posicionamento comunitário no âmbito do ordenamento jurídico espanhol seria inconstitucional, por ser

90. SANTOS, Filipe Matias. Op. cit., p. 180; 193.

91. "Não pode pois afirmar-se que por exercer a sua profissão em instalações facultadas pela entidade patronal o advogado as exerce em local que não coincide com o seu escritório e muito menos que, por esse facto deixa de ter a qualidade de advogado para se tomar um mero funcionário. Um advogado de empresa tem os direitos, faculdades, vinculações e obrigações prescritos no EOA, não podendo ser diferenciado em função da sua qualidade. Por outro lado é também infundado desconsiderar a qualidade de advogado quando esse exerça a sua profissão por meio de contrato de trabalho, pois os valores e prerrogativas que pautam a sua atividade mantêm-se integralmente" (TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA. *Sentença TCL_572/07.9TYLSB, de 16 de janeiro de 2008*. Disponível em: [bdjur.almedina.net/juris.php?field=doc_id&value=135673]. Acesso em: 11.04.2019).

92. SANTOS, Filipe Matias. O advogado... Op. cit., p. 193. p. 202-203.

93. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 144-145.

contrário aos já mencionados artigos 24.2 e 24.3 da Carta Magna Espanhola, além de violar frontalmente os também já analisados artigos 542 da Lei Orgânica do Poder Judicial, 31.2 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola e 199.1 do Código Penal. Explica o autor que, no país ibérico, o sigilo profissional é inerente à profissão da advocacia, seja ela interna ou externa, uma vez que a independência do advogado, no seu entender, não guarda relação com a eventual existência de um contrato de trabalho. Caso assim fosse, essa independência também estaria maculada nos casos de profissionais contratados por grandes escritórios, nos quais há uma relação hierárquica de subordinação entre os membros, ainda que todos da área jurídica[94].

Esse parece ser, no nosso entender, o posicionamento mais adequado. Fato é que, ressalvados aqueles ordenamentos jurídicos nos quais há expressa distinção legal entre os direitos e deveres dos advogados externos e internos, não há maiores fundamentos que permitam uma interpretação restritiva com relação a esses últimos, tão somente em função de seu vínculo laboral. Coadunamos com o entendimento de Marcelo Gobbi, no sentido de que o fato de trabalhar internamente em uma corporação não retira do profissional, devidamente inscrito na Ordem, o *status* de advogado, não podendo ele ser privado dos direitos e isento das responsabilidades inerentes à profissão[95].

Tânia Cardoso também defende que, mesmo que o profissional exerça os seus ofícios sob o manto de uma relação laboral, não perde ele sua qualidade de advogado e tampouco sua faculdade de exercer sua profissão de acordo os deveres deontológicos que lhe são inerentes. O *in-house lawyer,* dessa forma, está sujeito às mesmas obrigações que os demais profissionais do setor, não devendo ser tratado de maneira diferente tão somente por laborar sob regime de contrato de trabalho[96].

O vínculo empregatício não retira, ainda, a sua autonomia técnica, uma vez que o profissional jurídico deverá sempre cumprir as obrigações éticas e legais

94. Idem.

95. GOBBI, Marcelo. Abogacía interna en la argentina. Reflexiones a partir de una sentencia Europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires,* t. 75, n. 1, julio 2015. p. 59.

96. CARDOSO, Tânia Vanessa Nunes. O segredo profissional e o regime das buscas e apreensões em escritório de advogado. A problemática do advogado *in-house*. *Revista Electrónica de Direito,* n. 1, fevereiro de 2015. p. 9. Disponível em: [www.cije.up.pt/content/o-segredo-profissional-e-o-regime-das-buscas-e-apreens%C3%B5es-em-escrit%C3%B3rio-de-advogado-problem%C3%A1]. Acesso em: 13.04.2019.

da advocacia[97]. Essas conclusões são plenamente aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, diante da literalidade dos artigos 18 do Estatuto da Advocacia[98] e 4º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil[99], que, expressamente, garantem a isenção técnica e independência funcional do advogado empregado.

Além disso, é inegável que uma eventual restrição da confidencialidade para os defensores internos seria extremamente prejudicial à ampla defesa não apenas da empresa, mas também de seus diretores, administradores, funcionários ou quaisquer outros membros eventualmente patrocinados pelo profissional. Conforme explicam Bottini e Estellita, uma vez sendo a confiança a base da relação do jurisconsulto para com seu cliente, não há possibilidades de defesa, patrocínio, representação ou consulta sem a segurança de que as informações completa e irrestritamente entregues ao profissional serão preservadas e utilizadas tão somente no interesse do patrocinado[100].

Por todo o exposto e em definitivo, tem-se que o advogado interno de uma empresa, desde que devidamente inscrito na Ordem dos Advogados, não pode ser privado de suas prerrogativas e tampouco ver-se isento de seus deveres, tão somente por possuir vínculo laboral com a pessoa jurídica que representa.

Isso não quer dizer, porém, que toda e qualquer comunicação realizada para com esse causídico, bem como os materiais por ele produzidos ou em sua

97. GOBBI, Marcelo. Abogacía interna... Op. cit., p. 65.

98. "Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia" (BRASIL. *Lei 8.906, de 4 de julho de 1994*: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm]. Acesso em: 30.03.2019).

99. "Art. 4º O advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência" (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução 02/2015*: aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diário Oficial da União, 04.11.2015. Seção 1. p. 77. Disponível em: [www.oab.org.br/]. Acesso em: 30.03.2019).

100. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

posse, estejam protegidos pelos deveres e privilégios da confidencialidade. Conforme observaremos no tópico subsequente, diante das particularidades da atuação desses advogados, mostra-se necessária uma avaliação concreta da específica função exercida pelo mesmo no momento da comunicação.

4. Da concreta atividade exercida pelo advogado como parâmetro de aplicação da confidencialidade

Conforme já salientado no decorrer do artigo, os advogados internos de determinada pessoa jurídica muitas vezes exercem atividades que vão além daquelas típicas da advocacia, quais sejam, a representação contenciosa perante juízo e o assessoramento e direção jurídicos. Vão além, ainda, das mencionadas funções derivadas dos programas de *compliance,* tais como a de gerenciamento de riscos e condução de investigações internas. Fala-se aqui daqueles encargos mais relacionados com a própria atividade negocial da empresa, nos quais mais do que um defensor, o profissional é um administrador ou empresário.

Conforme destaca Ana María Neira Pena, uma vez que o sigilo profissional está intimamente relacionado ao direito à ampla defesa, cuja efetividade depende, em último termo, da relação de confiança entre o patrono e seu cliente, a partir do momento em que se admite as pessoas jurídicas como possíveis sujeitos passivos do processo penal, torna-se imperiosa a extensão da garantia de confidencialidade das conversações também para as pessoas coletivas, na mesma medida em que é feito para as pessoas físicas[101].

As comunicações realizadas de maneira direta ou indiretamente relacionadas a um litígio, uma vez que se encontram no escopo do direito de defesa do cliente, devem ser protegidas pelo sigilo profissional[102]. Contudo, fora desse âmbito, a questão é mais controversa. Conforme leciona González-Cuellar Serrano, é certo que, nesses casos, o fundamento do dever não poderá ser o direito de defesa nem o de não autoincriminação[103]. Caso se entenda, porém, que o alicerce dessa proteção é a promoção da relação de confiança entre advogados e clientes, como um valor que possibilita a transparência e a melhor qualidade possível do

101. NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 202-203.

102. NEIRA PENA, Ana María. Op. cit., p. 204.

103. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO apud NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 205.

assessoramento, fato é que a confidencialidade não se limitaria às informações relacionadas a um concreto litígio, atual ou futuro, mas abarcaria também quaisquer outras recebidas ou facilitadas pelo jurisperito no âmbito de um assessoramento legal[104].

Defende, assim, Neira Pena, o estabelecimento de um critério funcional para os casos de advogados internos da empresa, protegendo seletivamente somente as comunicações relacionadas à assessoria estritamente jurídica ou então vinculada à defesa jurídica do cliente em um processo atual ou futuro. Restariam excluídas, assim, as informações que chegaram ao conhecimento do jurista no âmbito de consultas meramente estratégicas ou comerciais, bem como aquelas nas quais há uma consultoria sobre como a empresa poderia cometer ilícitos sem ser responsabilizada[105].

Assim sendo, o instrumento para a identificação de quais comunicações estariam protegidas pelo sigilo profissional não seria o simples fato de o bacharel em direito ser inscrito na entidade de classe, ou então o fato de ser um funcionário da empresa ou não, mas sim a natureza das atividades por ele desenvolvidas, sendo necessário diferenciar, portanto, aquelas típicas de um advogado, quais sejam, a defesa e representação técnica e o assessoramento jurídico, de outras relacionadas unicamente com a consultoria empresarial ou intermediação e gestão de interesses alheios, sendo que somente as informações obtidas no primeiro grupo estariam protegidas pelas garantias em comento[106].

Bottini e Estellita classificam as atividades da advocacia nos seguintes grupos: (I) advogados togados, que seriam aqueles que atuam no contencioso judicial ou extrajudicial; (II) advogados de consultoria jurídica para litígios, que seriam aqueles que prestam consultoria ou emitem pareceres para litígios atuais ou futuros; (III) advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita, que, muito embora analisam a situação jurídica do cliente ou da operação por ele pretendida, restringem-se à analise ou aconselhamento jurídico, ainda que não vinculados a um litígio específico; (IV) profissionais de consultoria ou operação extrajurídica, que assessoram ou colaboram em operações financeiras, comerciais, tributárias e outras, sem limitação de análise ao âmbito jurídico[107].

104. Cfr.: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 205. Nesse sentido: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO apud NEIRA PENA, Ana María. Op. cit., p. 205.

105. NEIRA PENA, Ana María. Op. cit., p. 206.

106. NEIRA PENA, Ana María. Op. cit., p. 207.

107. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de

Para Coca Vila, o dever de reserva das comunicações deve existir tão somente naqueles casos em que se trata de uma atividade típica da advocacia, ou seja, naquelas que se inserem na garantia ao direito de defesa e de efetiva tutela judicial de seus clientes, atividades essas que se consubstanciam, via de regra, na defesa e representação técnica e no assessoramento jurídico[108]. Se enquadram, portanto, no nosso ver, nas três primeiras categorias supracitadas, quais sejam, a do contencioso judicial ou extrajudicial, de consultoria jurídica para litígios e de consultoria ou assessoria jurídica estrita[109].

Existem algumas outras atividades, porém, que, muito embora possam ser realizadas por advogados, dizem respeito à intermediação ou gestão de interesses alheios, não configurando, assim, uma atividade própria e exclusiva da advocacia. Nesses casos, não haveria, portanto, um dever de reserva por parte do jurista e tampouco um direito ao sigilo das informações prestadas pelo cliente[110].

---

setembrode2016.Disponívelem:[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

108. COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 306.

109. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

110. Por essa razão, Coca Vila sustenta não haver, com exceção dos casos de assessoramento na compra e venda de bens imóveis ou entidades comerciais, uma colisão de deveres, ao ser imposto um dever de sigilo aos advogados, mas também um dever de comunicação, em algumas situações, na prevenção de lavagem de dinheiro. Para o autor, entre as atividades previstas no artigo 2, da Lei 10/2010, que define as pessoas com deveres de identificação, controle, prevenção e comunicação de atos suspeitos de lavagem, a única que é típica da advocacia e impõe o dever de sigilo é a do assessoramento supracitado (COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 308). A referida Lei dispõe que: "Artículo 2. Sujetos obligados. 1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: [...] ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de

Esse é o posicionamento também aqui sustentado. De fato, no que se refere às comunicações e aos materiais preparatórios da defesa do cliente em um litígio atual ou futuro, ainda que com ele tenha relação somente indireta, entendemos não haver dúvidas de que se encontram protegidas pela confidencialidade. Da mesma forma, na consultoria e assessoria estritamente jurídicas, ainda que desvinculadas de um litígio específico, há que se impor o dever de sigilo ao advogado interno, bem como resguardar a proteção de seu material de trabalho e o privilégio das comunicações com seu cliente, a fim de assegurar a confiança desse último de que suas informações não serão divulgadas.

Contudo, nas atividades que, apesar de realizadas pelo *in-house lawyer,* são totalmente desvinculadas de qualquer caráter jurídico, não há fundamentos idôneos para aplicar os deveres e garantias em comento, uma vez que não está em causa o direito de defesa do cliente, e tampouco se está em face de uma atividade típica e privativa da advocacia, uma vez que essas assessorias estratégicas de caráter extrajurídico, bem como atividades de intermediação e gestão de interesses alheios, podem ser exercidas por outros profissionais.

A fim de facilitar a concreta diferenciação das atividades do *in-house lawyer,* Gimeno Beviá faz as seguintes recomendações: (I) para que as comunicações de

---

fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria. o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones" (ESPAÑA. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. *"BOE"*, núm. 103, de 29.04.2010. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737]. Acesso em: 07.04.2019).

caráter jurídico sejam facilmente identificadas, o advogado deve se distanciar ao máximo das questões não jurídicas; (II) deve, ainda, estabelecer distintos meios de contato para cada uma de suas atividades, tais como correios eletrônicos e números de telefone específicos para suas funções de advogado; (III) deve, ainda, agendar horários específicos para consultas jurídicas; e (IV) prestar especial atenção à documentação de suas atividades, especificando expressamente que se trata, quando for o caso, de um documento jurídico[111].

Gascón Inchausti vai mais além, e apesar de entender que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia não pode ser automaticamente transladada para o processo penal, em razão da natureza distinta das sanções aplicáveis nesses procedimentos em face dos concorrenciais, defende que, a fim de garantir o respeito à confidencialidade de suas comunicações, uma solução segura seria a externalização dos serviços jurídicos da companhia[112].

Nos parece, porém, que, apesar de ser uma opção segura, uma vez que seria incontroversa a aplicação dos deveres e garantias em comento nesse caso, trata-se de uma medida extrema e que, na prática, pode vir a prejudicar a companhia, uma vez que a figura do advogado interno mostra-se cada vez mais importante diante da complexidade das empresas hodiernas, sendo ele quem, em muitos casos, terá melhores condições de exercer a defesa da pessoa coletiva.

Nesse sentido, Sahan sustenta, por exemplo, a importância da condução da investigação interna pelo *in-house lawyer*, diante dos conhecimentos que esse possui em matéria de funcionamento e estrutura concretas da corporação, bem como pelo fato de esse ser a pessoa com quem os funcionários e membros da administração usualmente realizam consultas de caráter jurídico em temas relacionados à pessoa jurídica e sua atuação[113].

Os critérios até aqui desenvolvidos são perfeitamente aplicáveis para examinar a particular posição dos advogados que atuam nas atividades de *compliance,* tais como no gerenciamento de riscos e elaboração do código de ética, bem como na condução de investigações internas. Essas funções, conforme já exposto,

111. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 155.

112. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 144-145.

113. SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 255.

podem ser realizadas por membros de um departamento da própria empresa, bem como por integrantes de uma banca externa de advogados contratada especialmente para isso.

Conforme explica Gimeno Beviá, os *in-house lawyers* possuem, geralmente, um importante papel no âmbito dos programas de *compliance,* orientando acerca dos limites de permissibilidade legal das atuações empresariais, decidindo quais políticas ou atividades são contrárias ao direito, orientando os trabalhadores sobre como realizar suas funções sem praticar ilícitos, garantindo a não vulneração de direitos laborais durante investigações internas, entre outros encargos[114].

Assim, a definição dos limites do sigilo profissional por parte do jurista da empresa é de vital relevância e principalmente nesses casos em que tenham sido desenvolvidas atividades de investigação interna no âmbito de um programa de *compliance,* fazendo com que esse profissional tenha conhecimento sobre eventuais delitos cometidos no cerne da corporação, bem como tenha sido consultado juridicamente sobre tais fatos e produzido documentos e informes internos sobre os mesmos[115].

No mesmo sentido, Carlos Gómez-Jara Díez e Miguel Bajo Fernández sustentam que a relevância do *attorney-client privilege* é decisiva nesse âmbito, já que, quando o programa é estruturado, o escritório que assessora a empresa realiza um mapeamento de riscos, a fim de identificar atividades que podem gerar responsabilização penal. Nesse momento, são coletados dados muito completos a respeito do descumprimento da corporação, de maneira com que seria muito conveniente para a Acusação requerer simplesmente a entrega de toda a análise e documentação produzida. Ainda que não mencione a situação específica do *in-house lawyer,* sustentam os autores que essas informações, quando elaboradas por advogados externos, devem ser consideradas confidenciais[116].

Da mesma forma, no que tange às investigações internas, os encarregados da empresa ou o escritório externo por ela contratado, ao ter notícia de uma possível

114. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 144-146.

115. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica.* Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 143-144.

116. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*: adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 336.

infração, realizarão as diligências devidas e consequentemente tomarão conhecimento das circunstâncias da mesma, sendo mais uma vez conveniente para a Acusação a solicitação de toda a documentação produzida. Contudo, uma vez mais, sustentam os autores que os resultados dessas investigações e o material produzido durante elas se encontram protegidos pelo privilégio em comento, quando o procedimento for realizado por um escritório externo[117].

Pelos motivos já expostos, porém, entendemos que não há razão para limitação desse privilégio ao escopo dos advogados externos. Uma vez que se adota aqui um critério funcional, tendo como pré-requisito subjetivo tão somente a inscrição do advogado na respectiva Ordem, o relevante a ser questionado é se a atividade realizada pelo advogado se encontra no âmbito de uma representação técnica em juízo ou então de uma consultoria ou assessoria estritamente jurídica, ainda que não vinculada a um litígio específico, sendo irrelevante ele ser funcionário da empresa ou membro de uma banca externa.

No caso, nos parece evidente que algumas funções derivadas dos programas de *compliance* se encaixam nos requisitos aqui definidos enquanto outras não. É claro que alguns treinamentos de caráter não jurídico, por exemplo, não podem ser considerados como uma consultoria para os fins aqui almejados. Contudo, é indiscutível que o gerenciamento de riscos legais, o desenvolvimento do código de ética e principalmente a condução de investigações internas são atividades de consultoria e assessoria jurídicas, que podem ou não estar vinculadas a um litígio específico, mas que sem dúvidas, são desenvolvidas visando a melhor condução possível dos interesses jurídicos da pessoa coletiva, incluindo a definição de suas estratégias perante determinadas ocorrências, e que merecem, portanto, a proteção da confidencialidade.

É interessante observar que, segundo Eugenio Pacelli de Oliveira, na análise da proibição de determinado profissional de depor sobre fatos dos quais tomou conhecimento em razão de seu ofício, o que deve ser levado em conta é o nexo causal entre o conhecimento e a relação mantida entre o Acusado e o profissional, devendo ainda, o dever de sigilo decorrer de lei ou outra norma de validade geral[118]. Isso quer dizer, segundo Aury Lopes Jr., que a vedação funda-se na situação concreta e não hipotética e genérica[119].

---

117. Idem.

118. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 416-417.

119. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 665.

Em razão do exposto, sustenta o autor que, nos casos de crimes de sonegação fiscal e de demais delitos econômicos, por exemplo, até mesmo o contador da empresa, independentemente do nome que receba seu cargo, também deverá ser proibido de depor. Entende ser inadmissível a obrigatoriedade do contador de prestar depoimento contra a empresa, em casos como esses, em decorrência dos conhecimentos obtidos pelo exercício de sua atividade profissional[120].

Nesse sentido, interessante é o precedente da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na análise do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 17.783/SP, no qual restou resguardado o dever de sigilo do contador que realizara em determinada empresa uma auditoria e fora apurada uma irregularidade por funcionário. Esse sigilo, contudo, se limitou às questões *interna corporis* da empresa, o afastando apenas quanto ao método de realização da auditoria[121-122].

Ainda que uma análise pormenorizada de eventual extensão do sigilo a outras profissões que não a de advogado ultrapassaria os limites do presente trabalho, observa-se que, ao avaliar a confidencialidade ou não das comunicações, deve ser atribuída extrema relevância à situação concreta do profissional, às informações das quais teve conhecimento e principalmente à forma pela qual o obteve[123].

---

120. Idem.

121. "Processual penal. Testemunha. Escusa. Art. 207 do CPP. Contador. Realização de auditoria. Questões internas da empresa. Dever de sigilo. I – É possível a um contador prestar esclarecimentos sobre o método de realização de uma auditoria específica e o porquê das conclusões a que chegou, sem que adentre a questões *interna corporis* da empresa auditada. II – Relevância do depoimento do experto, porquanto os fatos por ele relatados, em razão da feitura da auditoria, é que levaram à instauração da *persecutio criminis* contra o recorrido, diante da suposta prática de estelionato contra a empresa. III – Hipótese em que o acórdão recorrido resguardou o sigilo profissional em relação às questões internas da empresa, contudo, afastou a sua aplicação no tocante aos termos da perícia realizada. Conclusões que levam, na verdade, a uma concessão parcial da segurança, e não à sua denegação. Recurso parcialmente provido" (STJ, RO em MS 17.783/SP, 5ª T., Rel. Ministro Félix Fischer, j. 06.04.2004, *Dje* 31.05.2004).

122. Nesse sentido, cfr.: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 665-666.

123. É interessante observar que no conhecido caso *Upjohn v. United States*, a Suprema Corte dos EUA também sustentou que *o attorney-client-privilege* deve ser analisado caso a caso, e não por meio de critérios preestabelecidos, tais como o *control group test* ou o *subject matter test*. Da sentença, porém, foram possíveis extrair os seguintes critérios, que fundamentaram o deferimento do resguardo das comunicações: (1) as comunicações foram dirigidas ao advogado da empresa; (2) por funcionários; (3) diziam respeito a questões relativas ao âmbito de trabalho; (4) a finalidade do interrogatório era o

Dessa feita, é inegável que o sigilo profissional, da mesma forma que o *attorney-client privilege* e a *work-product protection*, são passíveis de serem aplicados aos advogados, sejam eles internos ou externos, que atuem em algumas atividades do programa de *compliance* que tenham caráter jurídico, tais como a condução de investigações internas, o gerenciamento de riscos e a elaboração do código de ética e de conduta[124].

assessoramento legal da empresa. Nesse sentido, conferir: WEISS, Katherine M. Upjohn Co. v. United States as Support for Selective Waiver of the Attorney-Client Privilege in Corporate Criminal Investigations. *Boston College Law Review,* v. 48, Issue 2, n. 2, jan. 2007. p. 505; GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 154.

124. Há que se destacar, porém, a ressalva apresentada por Ackel, no que toca às empresas públicas e a eventual possibilidade de recusa de entrega de documentos ao Tribunal de Contas da União. Sustenta o autor que, ainda que não haja decisões dos tribunais baseadas em privilégios decorrentes de sigilo profissional de advogados, o mesmo tribunal tem reiteradamente afastado a alegação de sigilo fiscal, bancário ou comercial como motivo de recusa da entrega de documentos e informações. Destaca ainda, o autor, que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança MS 33.340/DF, considerou que, muito embora o sigilo empresarial seja fundamental ao livre exercício de uma atividade econômica, não é absoluto, mas pelo contrário, possui limitações. Dessa feita, uma vez diante dos interesses da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos, o sigilo de informações deve ser relativizado. Com base nessas premissas, defende Ackel que, analogamente, não pode ser negado acesso do Tribunal de Contas da União a trabalhos jurídicos contratados por empresa integrante da administração pública, com fundamento no sigilo profissional do advogado, podendo, segundo o autor, ter acesso aos relatórios de investigação de advogado brasileiro ou consultor em direito estrangeiro (ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *attorney-client privilege* da *common law* na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 221-240. p. 235-236). Conferir ainda: "3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como 'alma do negócio' consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao *sub judice*, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do

Considerações finais

Conforme restou demonstrado no decorrer do trabalho, o desenvolvimento das atividades empresariais observado no século XX e início do século XXI, acompanhado do inerente incremento da complexidade de suas estruturas e da amplificação do escopo de riscos aos quais se veem submetidas as pessoas jurídicas, teve reflexos diretos nas formas de atuação dos advogados corporativos, que foram, em muitos casos, inseridos dentro da própria pessoa jurídica, passando a atuar como consultores internos ou *in-house lawyers*.

Para além disso, suas funções excederam a clássica representação técnica em juízo e a assessoria e consultoria jurídica, passando o jurista a atuar no âmbito dos noveis programas de *compliance,* seja no mapeamento de riscos e posterior elaboração de um código de ética, seja na condução de investigações internas para a apuração de irregularidades.

Muito embora a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia seja em sentido contrário, demonstramos que não há maiores fundamentos para a restrição da direito-dever à confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado, tão somente por haver vínculo empregatício entre eles. Dessa forma, ressalvados os ordenamentos jurídicos que expressamente determinem o contrário, o dever de sigilo profissional, o *attorney-client privilege* e a *work-product protection* são passíveis de aplicação aos *in-house lawyers*, desde que, é claro, inscritos na respectiva Ordem dos Advogados.

Superado esse primeiro pré-requisito, deve ser analisada a concreta situação da qual procedera a comunicação a ser protegida. Em outras palavras, deve haver uma diferenciação casuística das atividades de (I) representação técnica em juízo, consultoria e assessoria estritamente jurídicas vinculadas ou não a um litígio atual ou futuro; daquelas de (II) intermediação ou gestão de interesses alheios sem caráter jurídico, bem como de consultoria ou assessoria unicamente de caráter estratégico, financeiro, econômico, entre outros.

A partir desse critério, demonstrou-se que, a depender da concreta função realizada pelo profissional, os advogados atuantes nas áreas de *compliance* e de investigações internas também devem ter as suas comunicações e materiais de trabalho protegidos pelos deveres e privilégios em comento, desde que suas

emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas" (STF, MS 33.340/DF, 1ª T., Rel. Ministro Luiz Fux, j. 26.05.2015).

atividades se enquadrem, no mínimo, na categoria da assessoria e consultoria de caráter estritamente jurídico, ainda que em caráter preventivo e não vinculadas a um concreto litígio.

Referências bibliográficas

ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *attorney-client privilege* da *common law* na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 221-240.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*: adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 313-344.

BAKER, Mark B. Private codes of corporate conduct: should the fox guard the henhouse? *The University of Miami Inter-American Law Review,* v. 24, n. 3, p. 399-433, 1993.

BARROS, Marco Antonio de. Sigilo profissional: reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Justitia,* São Paulo, v. 58, n. 175, p. 17-33, jul./set. 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas,* sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo]. Acesso em: 15.04.2019.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: [hdl.handle.net/10316/85811]. Acesso em: 01.05.2019.

CARDOSO, Tânia Vanessa Nunes. O segredo profissional e o regime das buscas e apreensões em escritório de advogado. A problemática do advogado *in-house*. *Revista Electrónica de Direito,* n. 1, p. 1-25, fevereiro de 2015. Disponível em: [www.cije.up.pt/content/o-segredo-profissional-e-o-regime-das-buscas-e-apreens%C3%B5es-em-escrit%C3%B3rio-de-advogado-problem%C3%A1]. Acesso em: 13.04.2019.

CESCA, Brenno Gimenes; ORZARI, Octavio Augusto da Silva. Prova penal e segredo profissional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 111, p. 555-586, jan./dez. 2016.

COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 287-318.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und compliance*: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutchland und den USA. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. *About ECLA*: a European Lawyers' History: Celebrating 30 years of ECLA. Brussels: 2013. Disponível em: [ecla.online/downloads/]. Acesso em: 09.04.2019.

EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of 18 May 1982*. AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities: Legal privilege: Case 155/79. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155]. Acesso em: 22.04.2019.

EUROPEAN COURT. *Judgment of the Court of First Instance (First Chamber, extended composition) of 17 September 2007*. Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v Commission of the European Communities: Competition: Administrative procedure: Commission's powers of investigation: Documents seized in the course of an investigation: Legal professional privilege protecting communications between lawyers and their clients: Admissibility. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A-62003TJ0125]. Acesso em: 22.04.2019.FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo e a prova criminal. *Ciências Penais:* Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 153-164, jan./jun. 2006.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GARCÍA MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas *jurídicas:* adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016.

GOBBI, Marcelo. Abogacía interna en la argentina. Reflexiones a partir de una sentencia Europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires,* t. 75, n. 1, p. 57-69, julio 2015.

GOMES, Márcio Schlee. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas. *Revista de concorrência e regulação,* Coimbra, ano III, n. 10, p. 159-194, abr./jun. 2012.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo*: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels. *Interne Untersuchungen*: Praxisleitfaden für Unternehmen. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PASCHOAL, Luana. Advocacia em risco: perigo para a ampla defesa. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 333-357, jan./jun. 2012.REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 104, p. 78-84, jul. 2009.

ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional (parte I). *Revista de concorrência e regulação,* Coimbra, ano VII, n. 25, p. 71-101, jan./mar. 2016.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-262.

SANTOS, Filipe Matias. O advogado (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 171-208.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63-110.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. ampl. Montevideo: B de F, 2011.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 73, p. 107-155, jul./ago. 2008.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance*: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEISS, Katherine M. Upjohn Co. v. United States as Support for Selective Waiver of the Attorney-Client Privilege in Corporate Criminal Investigations. *Boston College Law Review,* v. 48, Issue 2, n. 2, p. 501-538, jan. 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RT* 869/66-98 (DTR\2008\195).